الاختيار
لتعليل المختار

تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود
الموصلي الحنفي

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم
الشيخ محمود أبو دقيقة
من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

الجزء الثالث

مقرر تدريسه لطلبة السنة الثالثة الثانوية بالجامعة الأزهرية

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

يطلب من: دار الكتب العلمية بيروت . لبنان
ص.ب: ١١/٩٤٢٤ تلكس: Nasher 41245 Le
هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٨١٥٥٧٣

مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِى الدِّينِ

(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحوالة

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحوالة

وهى مشتقة من التحوّل بمعنى الانتقال ، يقال : تحوّل من المنزل إذا انتقل عنه ، ومنه تحويل الفراش . وفى الشرع : نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، ولهذا قلنا : إذا صحت الحوالة برئ المحيل لتحوله إلى ذمة المحال عليه ، لأن من المحال بقاء الشئ الواحد فى محلين فى زمان واحد ، وهو عقد مشروع ، قال صلى الله عليه وسلم « من أحيل على ملىء فليتبع » أمر باتباعه ، ولولا الجواز لما أمر به ، حتى إن من العلماء من قال بوجوب الاتباع نظرا إلى ظاهر الحديث ، ونحن نقول : المراد منه الإباحة ، لأن تحوّل حقه إلى ذمة أخرى من غير اختياره ضرر به ، وإنما خصه عليه الصلاة والسلام بالملىء حكما للغالب ، لأن الغالب فى الحوالات ذلك لأنه شرط الجواز ، ثم عند أبى يوسف الحوالة توجب براءة المحيل من الدين والمطالبة براءة مؤقتة إلى أن يتوى ما على المحال عليه ، حتى لو أبرأ المحال المحيل صحّ ؛ ولو أحال الراهن المرتهن بدينه استردّ الرهن . وعند محمد توجب البراءة من المطالبة دون الدين فلا يصحّ الإبراء ، ولا يستردّ الراهن الرهن . لمحمد رحمه الله أن نقل الدين غير ممكن لأنه تمليك المال وذلك لايقبل النقل ، وموجبه المطالبة وهى تقبل النقل ، ولهذا لو أدى المحيل الدين أجبر المحال على قبوله . ولأبى يوسف رحمه الله أن الحوالة أضيفت إلى الدين ، ولو أضيفت إلى المطالبة لاتكون حوالة ، فوجب القول بتحويل الدين

وَهِيَ جائِزَةٌ بالدُّيُونِ دُونَ الأعْيانِ ، وَتَصِحُّ بِرِضَا المُحِيلِ وَالمُحْتالِ وَالمحالِ علَيْهِ ؛ وَإذا تَمَّتِ الحَوَالَةُ بَرِئَ (ز)المُحِيلُ حَتَّى لَوْ ماتَ لايأْخُذُ المُحْتالُ مِنَ تركَتِهِ ، لَكِنْ يأْخُذُ كَفِيلاً مِنَ الوَرَثَةِ أوْ مِنَ الغُرَماءِ مَخافَةَ التَّوَى ، وَلا يَرْجِعُ علَيهِ المُحْتالُ إلاَّ أنْ يَمُوتَ المُحالُ علَيْهِ مُفْلِسا (سم) ، أوْ يَجْحَدَ (ف) وَلا بَيِّنَةَ علَيهِ ، فانْ طالَبَ المُحْتالُ علَيْهِ المُحِيلَ فقَالَ : إنَّمَا أحَلْتُ بِدَيْنٍ لى علَيْكَ لَمْ يُقْبَلْ ، وَإنْ طالَبَ المُحِيلُ المُحْتالَ بِمَا أحالَهُ بِهِ فقَالَ : إنَّما أحَلْتَنِي بِدَيْنٍ لى علَيْكَ لَمْ يُقْبَلْ .

لحقيقة الإضافة ، وإنما صحّ الأداء من المحيل لأنه ثبت له بالحوالة براءة مؤقتة ، وبالأداء تثبتِ له براءة موبدة وأنه زيادة فائدة .

قال (وهي جائزة بالديون دون الأعيان) لما مرّ أنها تبنى على التحوّل ، وإنما تتحوّل الديون دون الأعيان . قال(وتصحّ برضا المحيل والمحتال والمحال عليه) أما المحيل فلأنه الأصل فى الحوالة ، ومنه توجد ؛ وذكر فى الزيادات أن رضا المحيل ليس بشرط لأن المحال عليه يتصرّف فى نفسه بالتزام الدين ولا ضرر على المحيل بل فيه نفعه ، لأنه لايرجع عليا إلا برضاه . وأما المحتال والمحال عليه ، فلتفاوت الناس فى القضاء والاقتضاء ، فلعل المحال عليه أعسر وأفلس ، والمحال أشد اقتضاء ومطالبة ، فيشترط رضاهما دفعا للضرر عنهما . قال (وإذا تمت الحوالة برئ المحيل) لما مرّ . وقال زفر : لايبرأ لأنها للاستيثاق فبقى الدين على المحيل كالكفالة . وجوابه مامرّ أنها من التحويل ، ولا بقاء مع التحويل على ما بينا فيبرأ المحيل (حتى لو مات لايأخذ المحتال من تركته ، لكن يأخذ كفيلا من الورثة أو من الغرماء مخافة التوى ، ولا يرجع عليه المحتال إلا أن يموت المحال عليه مفلسا أو يجحد ولا بينة عليه) لأنه عجز عن الوصول إلى حقه ، والمقصود من الحوالة سلامة حقه فكانت مقيدة بالسلامة ، فاذا فاتت السلامة انفسخت كالعيب فى المبيع. وعندهما يرجع بوجه آخر أيضا ، وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه فى حياته بناء على أن الإفلاس يتحقق عندهما بقضاء القاضي وعنده لا . قال (فان طالب المحتال عليه المحيل فقال : إنما أحلت بدين لى عليك لم يقبل) وعليه مثل ما أحال لتحقق السبب وهو قضاء دينه بأمره ، لكن المحيل يدعى عليه دينا وهو ينكر ، والقول قول المنكر ، والحوالة ليست إقرارا بالدين فانها تكون بدونه (وإن طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال : إنما أحلتنى بدين لى عليك لم يقبل) لأن المحتال يدّعى عليه الدين وهو ينكر ، وفى الحوالة معنى الوكالة فيكون القول قوله .

كتاب الصلح

وَيَجُوزُ مَعَ الإِقْرَارِ وَالسُّكُوتِ (ف) وَالإِنْكَارِ (ف) ؛ فانْ كانَ عَنْ إقْرَارٍ وَهُوَ بِمَالٍ عَنْ مالٍ فَهُوَ كالْبَيْعِ ، وَإنْ كانَ بِمَنافِعَ عَنْ مالٍ فَهُوَ كالإجارَة فانِ اسْتُحِقَّ فِيهِ بَعْضُ المُصَالَحِ عَنْهُ رَدَّ حِصَّتَهُ مِنَ العِوَضِ ، وَإنِ اسْتُحِقَّ الجَمِيعُ رَدَّ الجَمِيعَ ، وَإنِ اسْتُحِقَّ كُلُّ المُصَالَحِ عَلَيْهِ رَجَعَ بِكُلِّ المُصَالَحِ عَنْهُ ، وَفِي البَعْضِ بِحِصَّتِهِ . وَالصُّلْحُ عَنْ سُكُوتٍ أوْ إنْكارٍ مُعاوَضَةٌ فى حَقِّ المُدَّعِي ، وفِي حَقِّ المُدَّعَى عَلَيْهِ لافْتِداءِ اليَمِينِ ،

كتاب الصلح

وهو ضدّ الفساد ، يقال : صلح الشيء إذا زال عنه الفساد ، وصلح المريض إذا زال عنه المرض ، وهو فساد المزاج ، وصلح فلان فى سيرته إذا أقلع عن الفساد . وفى الشرع : عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ومثار الفتن ، وهو عقد مشروع مندوب إليه ، قال تعالى ـ فأصلحوا بينهما ـ وقال تعالى ـ والصلح خير ـ وقال صلى الله عليه وسلم « كلّ صلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحا حرّم حلالا أو حلل حراما » وقال عمر رضى الله عنه : ردوا الخصوم كى يصطلحوا .

قال (ويجوز مع الإقرار والسكوت والإنكار) لإطلاق ما روينا من النصوص . قال أبو حنيفة رضى الله عنه : أجود ما يكون الصلح عن إنكار لأن الحاجة إلى جوازه أمسّ ، لأن الصلح لقطع المنازعات وإطفاء الثائرات ، وهو فى الصلح عن الإنكار أبلغ ، وللحاجة أثر فى تجويز المعاقدات ، ففى إبطاله فتح باب المنازعات . قال (فان كان عن إقرار وهو بمال عن مال فهو كالبيع) لوجود معنى البيع وهو مبادلة مال بمال بتراضى المتعاقدين والعبرة للمعانى ، فيثبت فيه خيار الرؤية والعيب والشرط والشفعة ، ويشترط القدرة على تسليم البدل ويفسده جهالة البدل لإفضائها إلى المنازعة ، ولا تفسده جهالة المصالح عنه لأنه إسقاط . قال (وإن كان بمنافع عن مال فهو كالإجارة) لوجود معنى الإجارة ، وهو تمليك المنافع بمال حتى تبطل بموت أحدهما فى المدة كما فى صورة الإجارة (فان استحقّ فيه بعض المصالح عنه ردّ حصته من العوض ، وإن استحقّ الجميع ردّ الجميع) لأنه مبادلة كالبيع وحكم البيع كذلك (وإن استحقّ كل المصالح عليه رجع بكلّ المصالح عنه وفى البعض بحصته) لأنه مبادلة لما مرّ . قال (والصلح عن سكوت أو إنكار معاوضة فى حقّ المدعى) لأن من زعمه أنه يأخذ عوضا عن ماله وأنه محقّ فى دعواه (وفى حقّ المدّعى عليه لافتداء اليمين)

وَإِنِ اسْتُحِقَّ فِيهِ الْمُصَالَحُ عَلَيْهِ رَجَعَ إِلَى الدَّعْوَى فِى كُلِّهِ وَفِى الْبَعْضِ بِقَدْرِهِ ، وَإِنِ اسْتُحِقَّ الْمُصَالَحُ عَنْهُ رَدَّ الْعِوَضَ ، وَإِنِ اسْتُحِقَّ بَعْضُهُ رَدَّ حِصَّتَهُ وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ ، وَهَلَاكُ الْبَدَلِ كَاسْتِحْقَاقِهِ فِى الْفَصْلَيْنِ ، وَيَجُوزُ الصُّلْحُ عَنْ مَجْهُولٍ (ف) ، وَلَا يَجُوزُ إِلَّا عَلَى مَعْلُومٍ ، وَيَجُوزُ عَنْ جِنَايَةِ الْعَمْدِ وَالْخَطَإِ ،

لأن من زعمه أن لاحقّ عليه وأن المدعى مبطل فى دعواه ، وإنما دفع المال لئلا يحلف ولتنقطع الخصومة (وإن استحقّ فيه المصالح عليه رجع إلى الدعوى فى كله وفى البعض بقدره) لأنه ما ترك الدعوى إلا ليسلم له المصالح عليه ، فاذا لم يسلم له رجع إلى دعواه لأنه البدل (وإن استحقّ المصالح عنه ردّ العوض) ورجع بالخصومة (وإن استحقّ بعضه رد حصته ورجع بالخصومة فيه) لأن المدعى عليه إنما بذل العوض ليدفع الخصومة عنه ، فاذا استحقت الدار ظهر أن لاخصومة فبطل غرضه فيرجع بالعوض ، وفى البعض خلا المعوض عن بعض العوض فيرجع بقدره (وهلاك البدل) قبل التسليم (كاستحقاقه فى الفصلين) قال (ويجوز الصلح عن مجهول) لأنه إسقاط (ولا يجوز إلا على معلوم) لأنه تمليك فيؤدّى إلى المنازعة .

والصلح على أربعة أوجه : معلوم على معلوم . ومجهول على معلوم وهما جائزان ، وقد مرّ الوجه فيهما . ومجهول على مجهول . ومعلوم على مجهول وهما فاسدان . فالحاصل أن كلّ ما يحتاج إلى قبضه لابدّ أن يكون معلوما لأن جهالته تفضى إلى المنازعة ، وما لايحتاج إلى قبضه يكون إسقاطا ولا يحتاج إلى علمه به لأنه لايفضى إلى المنازعة ، ولو ادّعى حقا فى دار لرجل ولم يسمه وادّعى المدّعى عليه حقا فى أرضه فاصطلحا على أن يدفع أحدهما مالا إلى الآخر لايجوز ؛ وإن اصطلحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه جاز ، لأنه لايحتاج إلى التسليم وفى الأولى يحتاج إليه ، ولو ادّعى دارا فصالحه على قدر معلوم منها جاز ويصير كأنه أخذ بعض حقه وأبرأه عن دعوى الباقى ، والبراءة عن العين وإن لم تصحّ لكن البراءة عن الدعوى تصحّ ، فصححناه على هذا الوجه قطعا للمنازعة . قال (ويجوز الصلح (عن جناية العمد والخطأ) فى النفس وما دونها لإطلاق النصوص ولقوله تعالى ـ فمن عفى له من أخيه شيء ـ نزلت عقيب ذكر القصاص ، ومعناه : فمن عفى له من دم أخيه شيء : أى ترك القصاص ورضى بالمال ، يدلّ عليه قوله تعالى ـ فاتباع بالمعروف وأداء إليه باحسان ـ أى يتبع الطالب المطلوب بما صالحه عليه أو بالدية ولا يطلب أكثر من حقه ، ويؤدّى المطلوب إلى الطالب ما وجب عليه من المال من غير مماطلة ، مرويّ ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما وغيره ، وهذا فى العمد . وأما الخطأ فلأن الواجب هو

وَلا يَجُوزُ عَنِ الحُدُودِ ، وَلَوِ ادَّعَى عَلَى امْرأَةٍ نِكاحاً فَجَحَدَتْ ثُمَّ صَالَحَتْهُ عَلَى مالٍ لِيَتْرُكَ الدَّعْوَى جازَ ، وَلَوْ صَالَحَهَا عَلَى مالٍ لِتُقِرَّ لَهُ بالنِّكاحِ جازَ ، وَلَوِ ادَّعَتِ المَرْأَةُ النِّكاحَ فَصَالَحَهَا جازَ ،

المال فأشبه سائر الديون ، إلا أنه لو صالح فى العمد على أكثر من الدية جاز ، لأن الواجب القصاص وليس بمال ، وفى الخطأ لو صالح على أكثر من الدية لايجوز لأن الواجب المال فالزيادة ربا ، وهذا إذا صالحه على نوع من أنواع الدية . أما إذا صالحه على نوع آخر كالحنطة والشعير ونحوهما فانه يجوز بالغة ما بلغت لأنها من خلاف الواجب فلا ربا ، وكلّ ما يصلح مهرا فى النكاح يصلح بدلا فى الصلح عن دم العمد ، ومالا فلا ، لأن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ، فان صالحه على خمر أو خنزير سقط القصاص ولا يجب شيء لأن المال ليس من ضرورات الصلح فلغا ذكر العوض فيبقى عفوا ، وفى الخطأ تجب الدية لأنه الموجب الأصلى فمتى فسد العوض رجع إليه كما فى النكاح متى فسد المسمى يرجع إلى مهر المثل لأنه موجب أصلى لاينفك عنه النكاح إلا بتسمية غيره ، فاذا عدمت التسمية أو فسدت رجع إليه ، ولاكذلك العمد ؛ ولو صالحه بعفو عن دم على عفو عن دم آخر جاز كالخلع ، ولو قطعت يده فصالحته على أن يتزوّجها وقد برأت يده جاز ، لأنه صالحها على أرش وجب له عليها وسقط الأرش ، وإن مات منها لها مهر مثلها وعليها الدية فى ثلاث سنين ، لأنه ظهر أن حقه فى القتل فلم تصحّ التسمية ، ولو استحقّ العبد المصالح عليه رجع بقيمته فى العمد وبالدية فى الخطأ وقد عرف وجهه ، ولو وجد عيبا يسيرا ردّه فى الخطأ ولا يردّ فى العمد إلا بالفاحش فيردّه ، ويأخذ قيمته ، لأن الصلح فى الخطأ يحتمل الفسخ لوقوعه عن مال ، وفى العمد لايحتمل الفسخ لأنه عن القصاص وقد سقط فلا سبيل إلى استرداده فيرجع بقيمة العوض كالنكاح والخلع . قال (ولا يجوز عن الحدود) لأنها حقّ الله تعالى والمغلب فى حدّ القذف حقّ الشرع عندنا ، ولا يجوز الاعتياض عن حق الغير ، ولهذا لايجوز الصلح عما أشرعه إلى الطريق العام كالظلة والروشن ونحوهما لأنه حقّ العامة ، ولا يملك الاعتياض عن نصيبه لأنه غير منتفع به ، ولو صالحه الإمام فى الظلة ونحوها جاز إذا رأى ذلك مصلحة للمسلمين ويضع بدله فى بيت المال كما إذا باع شيئا من بيت المال . قال (ولو ادّعى على امرأة نكاحا فجحدت ثم صالحته على مال ليترك الدعوى جاز) لأنه أمكن تصحيحه على وجه الخلع ويكون فى حقها لدفع الخصومة ، ويحرم عليه ديانة إذا كان مبطلا (ولو صالحها على مال لتقرّ له بالنكاح جاز) ويجعل زيادة فى المهر لأنها تزعم أنها زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم أنه زاد فى مهرها (ولو ادّعت المرأة النكاح فصالحها) على مال (جاز) وقيل لايجوز ، وجه الجواز

وَإِنِ ادَّعَى عَلَى شَخْصٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ فَصَالَحَهُ عَلَى مالٍ جازَ وَلا وَلاءَ عَلَيْهِ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُما وَهُوَ مُوسِرٌ فَصَالَحَهُ الآخرُ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهِ لَمْ يَجُزْ ، وَيَجُوزُ صُلْحُ المُدَّعِي المُنْكِرَ عَلَى مالٍ لِيُقِرَّ لَهُ بِالعَيْنِ ؛ وَالفُضُولِىُّ إِنْ صَالَحَ عَلَى مالٍ وَضَمِنَهُ أَوْ سَلَّمَهُ أَوْ قالَ : عَلَىَّ أَلْفِى هَذِهِ صَحَّ ؛ وَإِنْ قالَ : عَلَىَّ أَلْفٌ لِفُلانٍ يَتَوَقَّفُ عَلَى إِجازَةِ المُصَالَحِ عَنْهُ ؛ وَالصلْحُ عَمَّا اسْتَحَقَّ بِعَقْدِ المُدَايَنَةِ أَخْذٌ لِبَعْضِ حَقِّهِ وَإِسْقاطٌ لِلْباقِى وَلَيْسَ مُعاوَضَةً ؛

جعله زيادة فى المهر ، ووجه عدم الجواز وهو الأصحّ أنه إنما أعطاها المال لتترك الدعوى ، فإن تركتها وكان فرقة فهو لايعطى فى الفرقة البدل ، وإن لم تترك الدّعوى فما حصل له غرضه فلا يصحّ . قال (وإن ادّعى على شخص أنه عبده فصالحه على مال جاز ولا ولاء عليه) لأنه أمكن تصحيحه بجعله فى حقّ المدّعى كالعتق على مال ، وفى حقّ المدّعى عليه لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حرّ الأصل فلهذا لم يكن عليه ولاء لإنكاره ، فان أقام المدّعى بينة بعد ذلك أنه عبده لم تقبل ، لأن من زعمه أنه أعتقه على مال ، وأن العبد اشترى نفسه بهذا المال ، لكن يثبت الولاء عملا بالبينة . قال (عبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته لم يجز) الفضل لأن القيمة منصوص عليه ، قال صلى الله عليه وسلم « قوّم عليه باقيه » فلا تجوز الزيادة عليه ، ولو صالحه على عوض جاز لعدم الجنسية فلا ربا . قال (ويجوز صلح المدعى المنكر على ماله ليقرّ له بالعين) وصورته : رجل ادّعى على رجل عينا فى يده فأنكره فصالحه على مال ليعترف له بالعين فانه يجوز ويكون فى حقّ المنكر كالبيع ، وفى حقّ المدّعى كالزيادة فى الثمن . قال (والفضولىّ إن صالح على مال وضمنه أو سلمه ، أو قال : على ألفى هذه صحّ) ولزمه تسليم المال ، ولا يرجع على المدّعى عليه بشىء لأنه تبرّع ، وإنما صحّ الصلح لأنه أضافه إلى نفسه أو إلى ماله . والحاصل للمدّعى عليه البراءة ، ولا ضرر عليه فى ذلك فيصحّ ، وصار كالكفالة بغير أمر المديون (وإن قال : على ألف لفلان يتوقف على إجازة المصالح عنه) إن أجازه جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجزه بطل كالخلع والنكاح وغيرهما من تصرّفات الفضولى ، ولو قال : صالحتك على ألف وسكت قيل ينفذ ويجب عليه لأنه أضاف العقد إلى نفسه كقوله اشتريت ؛ وقيل يتوقف على إجازة المدّعى عليه لأن الإضافة لم تتحقق إليه ، لأن الفعل كما يقع لنفسه يقع لغيره ، وإنما يعتبر واقعا له إذا كان له فيه منفعة ، ولا منفعة له هنا وإنما المنفعة للمدّعى عليه فاعتبر واقعا له ، بخلاف قوله صالحنى ، لأن الياء كناية عن المفعول فقد جعل نفسه مفعول الصلح فيقع له . قال (والصلح عما استحقّ بعقد المداينة أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقى وليس معاوضة) لأنا لو اعتبرناه

فَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ بِخَمْسِمِائَةٍ ، أَوْ عَنْ أَلْفٍ جِيَادٍ بِخَمْسِمِائَةٍ زُيُوفٍ ، أَوْ عَنْ حَالَّةٍ بِمِثْلِهَا مُؤَجَّلَةً جَازَ ، وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى دَنَانِيرَ مُؤَجَّلَةٍ لَمْ يَجُزْ ، وَلَوْ صَالَحَهُ عَنْ أَلْفٍ سُودٍ بِخَمْسِمِائَةٍ بِيضٍ لَايَجُوزُ ، وَلَوْ قَالَ لَهُ : أَدِّ إِلَيَّ غَدًا خَمْسِمِائَةٍ عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنْ خَمْسِمِائَةٍ ، فَلَمْ يُؤَدِّهَا إِلَيْهِ فَالْأَلْفُ بِحَالِهَا (س) .

معاوضة يكون ربا ، وتصحيح تصرّفه واجب ما أمكن ، وقد أمكن بما ذكرناه من الطريق فيصار إليه (فإن صالحه على ألف درهم بخمسمائة ، أو عن ألف جياد بخمسمائة زيوف ، أو عن حالة بمثلها مؤجلة جاز) فنى الأولى أسقط بعض حقه ، وفى الثانية بعضه والصفة ، وفى الثالثة تعذّر جعله معاوضة النقد بالنسيئة لحرمته فحملناه على تأجيل نفس الحقّ وكلّ ذلك حقه فله إسقاطه (ولو صالحه على دنانير مؤجلة لم يجز) لأنه بيع الدراهم بالدنانير نسيئة ، وإنه لايجوز لأنها ليست من جنس الحقّ المستحقّ ليكون إسقاطا لبعضه وتأجيلا لبعضه فتعين ما ذكرناه ؛ ولو صالحه على ألف مؤجلة بخمسمائة حالة لم يجز لأنه اعتياض عن الأجل ، ولا يجوز لأن المعجلة خير من المؤجلة ، فيكون التعجيل بازاء ما حطّ عنه فلا يصحّ . قال (ولو صالحه عن ألف سود بخمسمائة بيض لايجوز) لأن البيض غير مستحقة فيكون معاوضة وإنه لايجوز (ولو قال له : أدّ إلىّ غدا خمسمائة على أنك برىء من خمسمائة فلم يؤدها إليه فالألف بحالها) وقال أبو يوسف : سقط خمسمائة ، وأجمعوا أنه لو أدّى خمسمائة غدا برئ ، لأبى يوسف أنه إبراء مطلق لأنه جعل الأداء عوضا عن الإبراء نظرا إلى كلمة علىّ ، والأداء لايصلح أن يكون عوضا لوجوبه عليه فصار ذكره كعدمه . ولهما أنه إبراء مقيد بشرط الأداء ، وأنه غرض صالح حذرا من إفلاسه أو ليتوسل بها إلى ما هو الأنفع من تجارة رابحة أو قضاء دين أو دفع حبس ، فاذا فات الشرط بطل الإبراء ، وكلمة على تحتمل الشرط فيحمل عليه عند تعذّر المعاوضة تصحيحا لكلامه وعملا بالعرف . ولو قال : أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطينى الخمسمائة غدا صحّ الإبراء أعطى الخمسمائة أو لم يعط ، لأنه أطلق الإبراء ووقع الشكّ فى تعليقه بالشرط فلا يتقيد ، بخلاف المسألة الأولى لأنه من حيث إنه لايصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث إنه يصلح شرطا لايقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشكّ . ولو قال : أدّ إلىّ خمسمائة على أنك برىء من الفضل ولم يوقت فهو إبراء مطلق ، لأن الأداء واجب عليه فى جميع الأوقات فلم يصلح عوضا فلم يتقيد . ولو قال : صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلىّ غدا وأنت برىء من الباقى على أنك إن لم تدفعها غدا فالألف عليك فهو كما قال لأنه صرّح بالتقييد . ولو ادّعى عبدا فصالحه على غلته شهرا لم يجز ، وعلى خدمته شهرا يجوز ، لأنها معلومة

وَلَوْ صَالَحَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ عَنْ نَصِيبِهِ بِثَوْبٍ ، فَشَرِيكُهُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنْهُ نِصْفَ الثَّوْبِ إِلاَّ أَنْ يُعْطِيَهُ رُبْعَ الدَّيْنِ ، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَدْيُونَ بِنِصْفِهِ ، وَلاَ يَجُوزُ صُلْحُ أَحَدِهِمَا فِى السَّلَمِ عَلَى أَخْذِ نَصِيبِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَإِنْ صَالَحَ الْوَرَثَةُ بَعْضَهُمْ عَنْ نَصِيبِهِ بِمَالٍ أَعْطَوْهُ ، وَالتَّرِكَةُ عُرُوضٌ جَازَ قَلِيلاً أَعْطَوْهُ أَوْ كَثِيرًا ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ أَحَدَ النَّقْدَيْنِ فَأَعْطَوْهُ خِلاَفَهُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَتْ نَقْدَيْنِ فَأَعْطَوْهُ مِنْهُمَا ، وَلَوْ كَانَتْ نَقْدَيْنِ وَعُرُوضًا

والغلة مجهولة غير مقدورة التسليم ، لأنها لاتجب إلا بعد الإجارة والعمل . قال (ولو صالح أحد الشريكين عن نصيبه بثوب فشريكه إن شاء أخذ منه نصف الثوب) لأنّ له حقّ المشاركة لأنه عوض عن دينه ، فاذا اختار ذلك فقد أجاز فعل الشريك (إلا أن يعطيه ربع الدين) لأنه حقه فى الدين لافى الثوب (وإن شاء اتبع المديون بنصفه) لبقاء حصته فى ذمته ، لأنه لم يأذن له بالدفع إلى غيره ، والدين المشترك كالموروث وقيمة عين مستهلكة بينهما وثمن مبيع ونحوه . قال (ولا يجوز صلح أحدهما فى السلم على أخذ نصيبه من رأس المال) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويتوقف على إجازة شريكه ، فان ردّ بطل أصلا وبقى المسلم فيه بينهما على حاله وإن آجاز نفذ عليهما فيكون نصف رأس المال بينهما وباقى الطعام بينهما ، لأنه قسمة الدين قبل قبضه فلا يجوز ، كما إذا كان لهما على رجل دراهم وعلى آخر دنانير ، فتصالحا على أن لهذا الدراهم ولهذا الدنانير فانه لايصحّ . وبيان كونه قسمة أنه يمتاز أحد النصيبين عن الآخر ولأنه فسخ على شريكه عقده ، فلايجوز لأن العقد صدر منهما ، ولهذا يرجع عليه بنصف رأس المال إذا توى الباقى على المطلوب . وقال أبو يوسف رحمه الله : جاز الصلح وله نصف رأس المال ، وصاحبه إن شاء شاركه فيما قبض وإن شاء اتبع المطلوب بنصفه ، إلاإذا توى عليه فيرجع على شريكه ، له الاعتبار بسائر الديون ، وبما إذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما فى نصيبه . قال (وإن صالح الورثة بعضهم عن نصيبه بمال أعطوه والتركة عروض جاز قليلا أعطوه أو كثيرا) لما بينا أنه فى معنى البيع ، وعثمان رضى الله عنه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع الثمن وكان له أربع نسوة على ثمانين ألف دينار بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير . قال (وكذلك إن كانت أحد النقدين فأعطوه خلافه) لأن بيع الجنس بخلافه جائز (وكذلك لو كانت نقدين فأعطوه منهما) ويصرف كل واحد منهما إلى خلاف جنسه ، وقد مرّ فى البيوع ؛ ثم إن كان فى يده شىء من التركة ، إن كان مقرّا به يكون أمانة ، فلابدّ من تجديد القبض فيه لأنه أضعف من قبض الصلح فلا ينوب عنه ، وإن كان جاحدا له صار مضمونا عليه فينوب عن قبض الصلح (ولو كانت نقدين وعروضا

فَصَالَحُوهُ عَلَى أَحَدِ النَّقْدَيْنِ فَلا بُدَّ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ مِنْ ذلكَ الجِنْسِ ، وَلَوْ كانَ بَدَلُ الصُّلْحِ عَرْضًا جازَ مُطْلَقًا ، وَإِنْ كانَ فى التَّرِكَةِ دُيُونٌ فأخرَجُوهُ مِنْها عَلَى أَنْ تَكُونَ لَهُمْ لا يَجُوزُ ، وَإِنْ شَرَطُوا بَرَاءَةَ الغُرَماءِ جازَ .

كتاب الشركة

فصالحوه على أحد النقدين ، فلا بدّ أن يكون أكثر من نصيبه من ذلك الجنس) ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة تحرّزا عن الربا (ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا) لعدم تحقق الربا ، وكلّ موضع يقابل فيه أحد النقدين بالآخر يشترط القبض بالمجلس لأنه صرف . قال (وإن كان فى التركة ديون فأخرجوه منها على أن تكون لهم لايجوز) لأنه تمليك الدين من غير من عليه الدين (وإن شرطوا براءة الغرماء جاز) لأنه إسقاط أو تمليك الدين ممن هو عليه وإنه جائز ، وإن كان على الميت دين لايصالحون ولا يقسمون حتى يقضوا دينه لتقدم حاجته ، ولقوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين - وإن قسموها ، فان كان الدين مستغرقا للتركة بطلت لأنه لاملك لهم فيها ، وإن كان غير مستغرق جاز استحسانا لاقياسا ، والله سبحانه أعلم .

كتاب الشركة

الشرك : النصيب ، قال صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له فى عبد » أى نصيبا . قال النابغة الجعدى :

وشاركنا قريشا فى تقاها وفى أحسابها شرك العنان

أى أخذنا نصيبا من التقى والحسب مثل نصيب قريش منهما ، كشركة العنان لكلّ واحد نصيب من المال والكسب ، وسمى الشريكان لأن كلّ واحد منهما شركا فى المال : أى نصيبا . وهى فى الشرع : الخلطة وثبوت الحصة ، وهى مشروعة بالنصوص ، قال عليه الصلاة والسلام « يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما » وقال عليه الصلاة والسلام « الشريكان الله ثالثهما ما لم يخونا ، فاذا خانا محيت البركة بينهما » وكان قيس بن السائب شريك رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تجارة البز والأدم . وذكر الكرخى أسامة بن شريك ، وقال عليه الصلاة والسلام فى صفته « كان شريكى وكان خير شريك لايشارى ولا يمارى ولا يدارى » أى لايلج ولا يجادل ولا يدافع عن الحقّ ، وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونها

الشَّرِكَةُ نَوْعانِ : شَرِكَةُ مِلْكٍ ، وَشَرِكَةُ عَقْدٍ . فَشَرِكَةُ المِلْكِ نَوْعانِ : جَبْرِيَّةٌ ، وَاخْتِيارِيَّةٌ . وَشَرِكَةُ العُقُودِ نَوْعانِ : شَرِكَةٌ فى المَالِ ، وَشَرِكَةٌ فى الأَعْمالِ . فَالشَّرِكَةُ فى الأَمْوالِ أَنْواعٌ : مُفاوَضَةٌ ، وَعِنانٌ ، وَوَجُوهٌ ، وَشَرِكَةٌ فى العُرُوضِ . وَالشَّرِكَةُ فى الأَعْمالِ نَوْعانِ : جائِزَةٌ وَهِيَ شَرِكَةُ الصَّنائِعِ ، وَفاسِدَةٌ وَهِيَ الشَّرِكَةُ فى المُباحاتِ . أَمَّا المُفاوَضَةُ فَهُوَ أَنْ يَتَساوَيا فى التَّصَرُّفِ وَالدَّيْنِ (س) وَالمَالِ الَّذى تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ .

فلم ينكر عليهم وتعاملوا بها إلى يومنا هذا من غير نكير فكان إجماعا . قال (الشركة نوعان : شركة ملك ، وشركة عقد . فشركة الملك نوعان : جبرية ، واختيارية . وشركة العقود نوعان : شركة فى المال ، وشركة فى الأعمال . فالشركة فى الأموال أنواع : مفاوضة ، وعنان ، ووجوه ، وشركة فى العروض . والشركة فى الأعمال نوعان : جائزة وهى شركة الصنائع ، وفاسدة وهى الشركة فى المباحات) وسيأتيك بيان ذلك إن شاء الله تعالى . أما شركة الأملاك ، أما الجبرية بأن يختلط مالان لرجلين اختلاطا لايمكن التميز بينهما أو يرثان مالا . والاختيارية أن يشتريا عينا أو يتهبا أو يوصى لهما فيقبلان أو يستوليا على مال أو يخلطا مالهما ، وفى جميع ذلك كل واحد منهما أجنبى فى نصيب الآخر لايتصرّف فيه إلا باذنه لعدم إذنه له فيه ، ويجوز بيع نصيبه من شريكه فى جميع الوجوه ، وأما من غيره فما ثبتت الشركة فيه بالخلط أو الاختلاط لايجوز إلا باذن شريكه ، لأن الخلط استهلاك معنى فأورث شبهة زوال ملك نصيب كلّ واحد منهما إلى صاحبه ، وفيما يثبت بالميراث والبيع والهبة والوصية يجوز بيع أحدهما نصيبه من أجنبى بغير إذن صاحبه ، لأن ملك كلّ واحد منهما قائم فى نصيبه من كل وجه . وأما شركة العقود فركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول : شاركتك فى كذا وكذا فيقول الآخر : قبلت . وشرطها أن يكون التصرّف المعقود عليه قابلا للوكالة حتّى لايجوز على الاحتطاب وأشباهه ليكون الحاصل بالتصرّف مشتركا بينهما إذ هو المطلوب من عقد الشركة (أما المفاوضة فهو أن يتساويا فى التصرّف والدين والمال الذى تصحّ فيه الشركة) لأنها فى اللغة تقتضى المساواة ، يقال : فاوض يفاوض : أى ساوى يساوى ، فلا بدّ من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك فيما ذكرناه . أما المال فلأنه الأصل فى الشركة ومنه يكون الربح . وأما التصرف فلأنه متى تصرّف أحدهما تصرّفا لايقدر الآخر عليه فاتت المساواة ، وكذا فى الدين لأن الذمىّ يملك من التصرّف فى بيع الخمر والخنزير وشرائهما ما لايملكه المسلم فلا مساواة بينهما ، فلهذا قلنا : لايصح بينهما مفاوضة . وقال أبويوسف رحمه الله : تنعقد المفاوضة بينهما ، لأن ما يملكه الذمى من بيع الخمر والخنزير يملكه المسلم بالتوكيل فتحققت المساواة ، قلنا الذمىّ يملك ذلك بنفسه

وَلا تَصِحُّ إلاَّ بَيْنَ الحُرَّيْنِ البالِغَيْنِ العاقِلَيْنِ المُسْلِمَيْنِ أوِ الذِّمِّيَّيْنِ ، وَلا تَنعَقِدُ إلاَّ بِلَفْظِ المُفاوَضَةِ ، أوْ تَبْيِينِ جَمِيعِ مُقْتَضَاها ، وَلا يُشْتَرَطُ تَسْلِيمُ المَالِ وَلا خَلْطُهُما ، وَتَنعَقِدُ عَلَى الوَكالَةِ وَالكَفالَةِ ، فَمَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما عَلَى الشَّرِكَةِ إلاَّ طَعامَ أهْلِهِ وإدَامِهِمْ وَكِسْوَتِهِمْ وَكِسْوَتَهُ ، وَلِلبائِعِ مُطالَبَةُ أيِّهِما شاءَ بالثَّمَنِ ،

وبنائبه ، ولا كذلك المسلم فانتفت المساواة ، فاذا عقدا المفاوضة صارت عنانا عندهما لفوات شرط المفاوضة ووجود شرط العنان ، وكذلك كلّ ما فات شرط من شرائط المفاوضة يجعل عنانا إذا أمكن تصحيحا لتصرّفهما بقدر الإمكان . قال (ولا تصحّ إلا بين الحرين البالغين العاقلين المسلمين أو الذميين) وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا لتساويهما فى التصرّف ولا تصحّ بين العبد والحرّ ، ولا بين الصبىّ والبالغ للتفاوت بينهما ، فان الحرّ والبالغ يملكان الكفالة والتبرّعات ، ولا كذلك الصبىّ والعبد ، أو يملكانها باذن الولىّ والمولى ، ولا تصحّ بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين ، لأن هؤلاء ليسوا من أهل الكفالة وأنها تنعقد على الكفالة على ما نبينه إن شاء الله تعالى . والأصل فى جوازها قوله صلى الله عليه وسلم « فاوضوا فانه أعظم للبركة » ولأنها تشتمل على الوكالة والكفالة والشركة فى الربح وكلّ واحد منها جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع . قال (ولا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة) لأن العوامّ قلما يعلمون شرائطها ، وهذه اللفظة تتضمن شرائطها ومعناها (أو تبيين جميع مقتضاها) لأن العبرة للمعانى . قال (ولا يشترط تسليم المال) لأن الدراهم والدنانير لايتعينان فى العقود . قال (ولا خلطهما) لأن المقصود الخلط فى المشترى ، وكلّ واحد منهما يشترى بما فى يده بخلاف المضاربة ، لأنه لابد من التسليم ليتمكن من الشراء ، ويشترط حضوره عند العقد أو عند المشترى ، لأن الشركة تتمّ بالشراء لأن الربح به يحصل. قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) لأن المساواة بذلك تتحقق ، وهو أن يكون كلّ واحد منهما مطالبا بما طولب به صاحبه بالتجارة وهو الكفالة ، وأن يكون الحاصل فى التجارة بفعل أيهما كان مشتركا بينهما وهى الوكالة ، فكان معنى المفاوضة وهو المساواة يقتضى الكفالة والوكالة ، فكأنّ كل واحد منهما فوّض إلى الآخر أمر الشركة على الإطلاق ورضى بفعله ، وذلك يقتضى الوكالة والكفالة أيضا . قال (فما يشتريه كل واحد منهما على الشركة) عملا بعقد المفاوضة (إلا طعام أهله وإدامهم وكسوتهم وكسوته) والقياس أن يكون على الشركة بمقتضى العقد ، إلا أنا استحسنا ذلك للضرورة ، فان الطعام والكسوة من اللوازم ، ولا يمكن إيجادها من مال غيره فيجب فى ماله ضرورة . قال (وللبائع مطالبة أيهما شاء بالثمن) بمقتضى الكفالة ثم يرجع الكفيل على المشترى بنصف

وَإنْ تَكَفَّلَ بِمَالٍ عَنْ أجْنَبِيّ لَزِمَ صَاحِبَهُ (سم) ، فَإنْ مَلَكَ أحَدُهُمَا مَا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ صَارَتْ عِنَانًا ، وَكَذَا فى كُلِّ مَوْضِعٍ فَسَدَتْ فِيهِ المُفَاوَضَةُ لِفَوَاتِ شَرْطٍ لايُشْتَرَطُ فى العِنَانِ ، وَلا تَنْعَقِدُ المُفَاوَضَةُ وَالعِنَانُ إلاَّ بالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَتِبْرَيْهِما إنْ جَرَى التَّعَامُلُ بِهِ وَبالفُلُوسِ الرَّائِجَةِ ،

ما أدّى لأنه كفيل أدّى عنه بأمره . قال (وإن تكفل بمال عن أجنبيّ لزم صاحبه) وقالا : لايلزمه لأنه تبرّع حتى لايصحّ من الصبيّ والمأذون وصار كالإقراض ، وله أنه تبرّع ابتداء لما ذكر معاوضة انتهاء لأنه يجب له الضمان على المكفول عنه حتى لو كفل عنه بغير أمره لايلزم شريكه ، وبالنظر إلى المعاوضة يلزم شريكه والإقراض ممنوع أو يقول هو إعارة ، ولهذا لايصحّ فيه التأجيل ، وللمردود فى الإعارة حكم العين لاحكم البدل ، فلم توجد المعاوضة وضمان الغصب والاستهلاك كالكفالة لأنه معاوضة انتهاء ، وكذا ما يلزم أحدهما من الديون بسبب تصحّ فيه الشركة كالبيع والإجارة ونحوهما يلزم شريكه ، وما لزم بسبب لاتصحّ فيه الشركة لايلزم كالنكاح وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحوه . قال (فإن ملك أحدهما ما تصحّ فيه الشركة صارت عنانا) لزوال المساواة ، وذلك مثل الإرث والوصية والاتهاب والمساواة فى العنان ليست بشرط فتصير عنانا لوجود شرائطها (وكذا فى كل موضع فسدت فيه المفاوضة لفوات شرط لايشترط فى العنان) فتصير عنانا وإن ملك شيئا لاتصحّ فيه الشركة كالعقار والعروض ، فالمفاوضة بحالها لأن ذلك لايبطلها فى الابتداء فكذا حالة البقاء . قال (ولا تنعقد المفاوضة والعنان إلا بالدراهم والدنانير وتبريهما إن جرى التعامل به وبالفلوس الرائجة) أما الدراهم والدنانير فلأنهما ثمن الأشياء خلقة ووضعا ولاخلاف فى ذلك . وأما التبر فقيل يجوز مطلقا لأن الذهب والفضة خلقا ثمنين ؛ وقيل لايجوز إلا بالتعامل وهو الأصحّ لأنهما وإن خلقا للثمنية لكن بوصف الضرب حتى لاينصرف الاسم عند الإطلاق إلى التبر ، وإنما ينصرف إلى المضروب ، إلا أنا أجرينا التعامل مجرى الضرب عملا بالعرف فألحقناه بهما عند التعامل ؛ وإن كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير ، أو لأحدهما سود وللآخر بيض جازت المفاوضة إن استوت قيمتهما ، لأنه جنس واحد من حيث الثمنية ، وإن تفاضلا فى القيمة لاتصحّ مفاوضة وتصير عنانا لما تقدّم . وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله : أنه لايجوز وإن استويا فى القيمة ، وهو قول زفر ، لأن الشركة تنبئ عن الخلطة ، ولا اختلاط مع اختلاف الجنس . وجوابه أنهما جنس واحد من حيث الثمنية نظرا إلى المقصود على ما بينا . وأما الفلوس فلأنها إذا راجت التحقت بالأثمان . وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله : أنه لايجوز لأن ثمنيتها تتعين بالاصطلاح ومحمد

وَلا تَصِحُّ بِالعُرُوضِ (ف) إلاَّ أنْ يَبِيعَ أحَدُهُما نِصْفَ عُرُوضِهِ بِنِصْفِ عُرُوضِ الآخَرِ إذَا كانَتْ قِيمَتاهُما عَلَى السَّوَاءِ ، ثُمَّ يَعْقِدَانِ الشَّرِكَةَ وَشَرِكَةُ العِنانِ تَصِحُّ مَعَ التَّفاضُلِ فى المَالِ ، وَتَصِحُّ مَعَ التَّفاضُلِ فى المَالِ وَالتَّساوِى فى الرِّبْحِ إذَا عَمِلا أوْ شَرَطا زِيادَةَ الرِّبْحِ لِلْعامِلِ ،

مرّ على أصله فى ثمنيتها حتى لاتتعين بالتعيين حالة النفاق والرواج. قال (ولاتصحّ بالعروض) لأنه يؤدى إلى ربح مالم يضمن ، لأنه لابد من بيعها ، فاذا باع أحدهما عروضه بألف وباع الآخر عروضه بألف وخمسمائة ومقتضى العقد الشركة فى الكيل ، فما يأخذه صاحب الألف زيادة على الألف ربح مالم يضمن ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن . قال (إلا أن يبيع أحدهما نصف عروضه بنصف عروض الآخر إذا كانت قيمتاهما على السواء) فتنعقد شركة أملاك (ثم يعقدان الشركة) على قيمتها وهذه شركة العروض ؛ وإن اشتركا على أن يبيع كلّ واحد منهما عروضه ويكون ثمنه بينهما لايجوز لما تقدّم . وتصحّ الشركة بالمكيل والموزون والمعدود المتفاوت إذا خلطا واتحد الجنس ، وما ربحا لهما والوضيعة عليهما . وذكر الكرخى أن عند أبى يوسف رحمه الله : هى شركة أملاك لأنها ليست بأثمان فلا يصحّ التفاضل فى الربح . وعند محمد : تصحّ شركة عقد بالخلط لأنها تصلح ثمنا لوجوبها دينا فى الذمة ، إلا أن قبل الخلط لاتتحقق الوكالة ، فإنه لو قال له : اشتر بحنطتك شيئا على أن يكون بيننا لايصحّ ؛ لأن توكيل الغير ببيع ملك نفسه لايجوز ، وبعد الخلط تتحقق الوكالة فصحت الشركة . قال (وشركة العنان تصحّ مع التفاضل فى المال) إلا أنها لاتقتضى المساواة فيجوز أن يشتركا فى عموم التجارات وفى خصوصها وببعض ماله لأنها تنبىء عن الحبس ، يقال : عنّ الرجل إذا حبس ، والعنين محبوس عن النساء ، والعنان يحبس الدابة عن بعض الإطلاق ، فكأنّ شريك العنان حبس بعض ماله عن الشركة ، أو حبس شريكه عن بعض التجارات فى ماله ، وتعتبر قيمة رأس المالين المختلفين يوم الشركة ، لأنه إنما يستحقّ زيادة الربح بالشرط يوم الشركة ، ويعتبر قيمتهما يوم الشراء ليعرف مقدار ملكهما فى المشترى ، لأن حقهما ينتقل إلى المشترى بالشراء ، ويعتبر قيمتهما يوم القسمة أيضا ، لأن عند القسمة يظهر الربح . قال (وتصحّ مع التفاضل فى المال والتساوى فى الربح إذا عملا أو شرطا زيادة الربح للعامل) وقال زفر : لاتصحّ المساواة فى المال والتفاوت فى الربح ولا على العكس ، ولا يجوز إلا أن يكون الربح على قدر رأس المال ، لأنه يؤدى إلى ربح مالم يضمن كالمفاوضة ، ولأنه لايجوز اشتراط الوضيعة هكذا فكذا الربح . ولنا قول علىّ رضى الله عنه : الربح على ما اشترط المتعاقدان ، والوضيعة على المال . ولأن الربح كما يستحقّ بالمال يستحق بالعمل

وَإِذَا تَسَاوَيَا فِى المَالِ وَشَرَطَا التَّفَاوُتَ فِى الرِّبْحِ وَالوَضِيعَةِ فَالرِّبْحُ عَلَى مَاشَرَطَا وَالوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ المَالَيْنِ ، وَتَنْعَقِدُ عَلَى الوَكَالَةِ ، وَلَا تَنْعَقِدُ عَلَى الكَفَالَةِ وَلَا تَصِحُّ فِيمَا لَاتَصِحُّ الوَكَالَةُ بِهِ كَالِاحْتِطَابِ وَالِاحْتِشَاشِ ، وَمَا جَمَعَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَهُوَ لَهُ ، فَإِنْ أَعَانَهُ الآخَرُ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ ، وَإِنْ هَلَكَ المَالَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا فِى شَرِكَةِ العِنَانِ قَبْلَ الشِّرَاءِ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ . وَإِنِ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِمَالِهِ ثُمَّ هَلَكَ مَالُ الآخَرِ فَالمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا عَلَى مَاشَرَطَا ، وَيَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَإِنْ هَلَكَ أَحَدُ المَالَيْنِ ثُمَّ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا فَالمُشْتَرَى لِصَاحِبِ المَالِ خَاصَّةً ،

كالمضارب ، فان أحدهما قد يكون أعرف بأمور التجارات وأهدى إلى البياعات فلا يرضى بالمساواة (وإذا تساويا فى المال وشرطا التفاوت فى الربح والوضيعة ، فالربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين) قال صلى الله عليه وسلم « الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين » من غير فصل ، ولأنا جوّزنا اشتراط زيادة الربح بمقابلة العمل تقديرا . أما زيادة الوضيعة فلا وجه لها ، وصار كما إذا شرطا الوضيعة على المضارب فانه لايصحّ كذلك هنا . قال (وتنعقد على الوكالة) لما مرّ (ولاتنعقد على الكفالة) لأنها إنما ثبتت فى المفاوضة قضية للمساواة ولا مساواة هنا . قال (ولا تصحّ فيما لاتصحّ الوكالة به كالاحتطاب والاحتشاش) لأن الوكالة فى ذلك باطلة لأنها مباحة ، لأن الآخذ يملكه بدون التوكيل فيكون فاعلا لنفسه ، ومن ذلك اجتناء الثمار من الجبال والاصطياد وحفر المعادن وأخذ الملح والجصّ والكحل وغيرها من المباحات (وما جمعه كلّ واحد منهما فهو له) دون صاحبه لأنه مباح سبقت يده عليه (فان أعانه الآخر فله أجر مثله) بالغا ما بلغ لأن الشركة متى فسدت صارت إجارة فاسدة ، ولو استأجره فى ذلك بنصف المجموع كان له أجر المثل بالغا ما بلغ كذلك هنا . وقال أبويوسف : له أجر مثله لايجاوز به نصف الثمن تحقيقا للفائدة ، وهذه الشركة فاسدة . قال (وإن هلك المالان أو أحدهما فى شركة العنان قبل الشراء بطلت الشركة) أما إذا هلكا فلأن المعقود عليه المال وأنه يتعين فيها كالهبة والوصية وقد هلك فيبطل العقد كالبيع ، وأما إذا هلك أحدهما فلأن الآخر ما رضى بشركة فى ماله إلا ليشركه فى ماله أيضا ، وقد فاتت الشركة فى الهالك فيفوت الرضى فيبطل العقد . قال (وإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ما شرطا) لانعقاد الشركة وقت الشراء (ويرجع على صاحبه بحصته من الثمن) لأنه اشترى له بالوكالة ونقد الثمن من ماله فيرجع عليه لما مرّ (وإن هلك أحد المالين ثم اشترى أحدهما فالمشترى لصاحب المال خاصة) لأن الوكالة بطلت بهلاك أحد المالين كما تقدم فيكون

وَلا يَجُوزُ أنْ يَشْتَرِطا لِأحَدِهِما دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً مِنَ الرِّبْحِ ؛ وَلِشَرِيكِ العِنانِ وَالمُفاوِضِ أنْ يُوَكِّلَ وَيُبْضِعَ وَيُضَارِبَ وَيُودِعَ وَيَسْتَأْجِرَ عَلَى العَمَلِ ، وَهُوَ أَمِينٌ فِى المَالِ . وَشَرِكَةُ الصَّنائِعِ : أنْ يَشْتَرِكَ صَانِعانِ اتَّفَقَا فى الصَّنْعَةِ أوِ اخْتَلَفا عَلَى أنْ يَتَقَبَّلا الأعْمالَ وَيَكُونُ الكَسْبُ بَيْنَهُما فَيَجُوزُ، وَما يَتَقَبَّلُهُ أحَدُهُما يَلْزَمُهُما ، فَيُطالَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما بالعَمَلِ وَيُطالَبُ بِالأجْرِ .

مشتريا لنفسه خاصة ، وإن كانا نصا على الوكالة فى عقد الشركة كان المشترى بينهما على ما شرطا وتكون شركة أملاك ، لأن الشركة بطلت لما بينا ، والمشترى بحكم الوكالة المصرّح بها لا بحكم الشركة المعقودة فكانت شركة أملاك ، ويرجع عليه بحصته من الثمن لما مر . قال (ولا يجوز أن يشترطا لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لأنه قد لا يربح ما سميا أو يربح ذلك لا غير فتبطل الشركة فكان شرطا مبطلا للشركة فلا يجوز . قال (ولشريك العنان والمفاوض أن يوكل ويبضع ويضارب ويودع ويستأجر على العمل) لأن كل ذلك من أفعال التجار (وهو أمين فى المال) لأنه قبضه من المالك باذنه وليس له أن يشارك ، لأن الشيء لا يستتبع مثله ، فلو شارك المفاوض عنانا جاز عليهما لأنه دون المفاوضة ، ولو فاوضه جاز بإذن شريكه ، فان لم يأذن ينعقد عنانا لأن الشيء لا يستتبع مثله ، فإذا أجاز المفاوضة كانت شركة مبتدأة وإلا فهى عنان لأنه لابدّ له من الاستعانة بغيره وهذا دونه فيجوز كالمضارب له أن يوكل وليس له أن يضارب . قال (وشركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل ، وهى (أن يشترك صانعان اتفقا فى الصنعة أو اختلفا على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز) وقال زفر : لا يجوز مع اختلاف العمل لأن الشركة تنبئ عن الخلطة ولا اختلاط مع الاختلاف . ولنا أنها شركة فى ضمان العمل وفيما يستفاد به وهو الأجر لا فى نفس العمل ، والوكالة فيه ممكنة ، لأن ما يتقبل كلّ واحد منهما من العمل فهو أصيل فى نصفه وكيل فى نصفه ، وبذلك تتحقق الشركة ؛ ولو استويا فى العمل وتفاضلا فى المال جاز أيضا ، لأن الأجرة بدل عملهما ، وأنهما يتفاوتان فيكون أحدهما أجود عملا وأحسن صناعة فيجوز ؛ والقياس أن لا يجوز لأنه يؤدّى إلى ربح ما لم يضمن ، لأن الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه زيادة ربح ما لم يضمن . قلنا المأخوذ هنا ليس بربح ، لأن الربح يقتضى المجانسة بينه وبين رأس المال ولا مجانسة ، لأن رأس المال هو العمل والربح مال فكان بدل العمل على ما بينا . قال (وما يتقبله أحدهما يلزمهما فيطالب كلّ واحد منهما بالعمل ويطالب بالأجر) استحسانا . والقياس أنه لا يلزم شريكه ، لأن ذلك مقتضى المفاوضة والشركة هنا مطلقة ؛ وجه الاستحسان أن هذه الشركة تقتضى الضمان حتى كان

وَشَرِكَةُ الوُجُوهِ جائِزَةٌ ، وَهِىَ أنْ يَشْتَرِكا على أنْ يَشْتَرِيا بِوُجُوهِهِما وَيَبيعا ، وَتَنْعَقِدُ عَلى الوَكالَةِ ، وَإنْ شَرَطا أنَّ المُشْتَرَى بَيْنَهُما فالرِّبْحُ كَذَلِكَ ، وَلا تَجُوزُ الزِّيادَةُ فِيهِ ، وَإنْ اشْتَرَكا وَلأحَدِهِما بَغْلٌ وَلِلآخَرِ رَاوِيَةٌ يَسْتَقِى الماءَ لايَصِحُّ ، وَالكَسْبُ لِلْعامِلِ ، وَعَلَيْهِ أُجْرَةُ بَغْلِ الآخَرِ أوْ رَاوِيَتِهِ ، وَالرِّبْحُ فى الشَّرِكَةِ الفاسِدَةِ عَلى قَدْرِ المالِ وَيَبْطُلُ شَرْطُ الزِّيادَةِ وَإذا ماتَ أحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، أوْ لَحِقَ بِدارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ ، وَلَيْسَ لأحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أنْ يُؤَدِّىَ زَكاةَ مالِ الآخَرِ إلاَّ بِإذْنِهِ ، فإنْ أذِنَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُما لِصاحِبِهِ فأدَّيا مَعا ضَمِنَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُما نَصِيبَ صاحِبِهِ ، وَإنْ أدَّيا مُتَعاقِبا ضَمِنَ الثَّانى لِلأوَّلِ عَلِمَ بِأدائِهِ أوْ لَمْ يَعْلَمْ .

مايتقبله كل واحد منهما مضمونا على الآخر، ويستوجب الأجر بما تقبله شريكه فكان كالمفاوضة فى ضمان الأعمال والمطالبة بالأبدال . قال (وشركة الوجوه جائزة) وتسمى شركة المفاليس (وهى أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا) سميت بذلك لأن الشراء بالنسيئة إنما يكون لمن له وجاهة عند الناس ، والتعامل بذلك جائز بين الناس من غير نكير . قال (وتنعقد على الوكالة) لأن التصرّف على الغير إنما يجوز بوكالته إذ لاولاية عليه وهذا عند الإطلاق ، ولو شرط الكفالة أيضا جاز وتكون مفاوضة لأنه يمكن تحقيق ذلك ، لكن عند الإطلاق بصرف إلى العنان لأنه أدنى . قال (وإن شرطا أن المشترى بينهما فالربح كذلك ، ولا تجوز الزيادة فيه) لأن استحقاق الربح بالضمان ، والضمان يتبع الملك فى المشترى فيتقدر بقدره . قال (وإن اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقى الماء لايصحّ ، والكسب للعامل) لأن الماء مباح وأخذه لايستفاد بالوكالة وقد تقدّم (وعليه أجرة بغل الآخر أو راويته) لأنه قد انتفع بملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجرته . قال (والربح فى الشركة الفاسدة على قدر المال ويبطل شرط الزيادة) لأن الربح تبع لرأس المال فيتبعه فى الملكية ، والزيادة إنما تستحقّ بالشرط وقد بطل . قال (وإذا مات أحد الشريكين أو لحق بدار الحرب مرتدّا بطلت الشركة) لتضمنها الوكالة ، وهى تبطل بذلك على ما مرّ . قال(وليس لأحد الشريكين أن يؤدّى زكاة مال الآخر إلا باذنه) لأن ذلك ليس بداخل فى الشركة لأنه ليس من التجارة (فإن أذن كلّ واحد منهما لصاحبه فأدّيا معا ضمن كلّ واحد منهما نصيب صاحبه ، وإن أدّيا متعاقبا ضمن الثانى للأوّل علم بأدائه أو لم يعلم) عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعنه إن لم يعلم لايضمن وهو قولهما ، لأنه مأمور بالدفع إلى الفقير وقد فعل . وله أنه مأمور بالدفع إليه زكاة ، والمدفوع لم يقع زكاة فكان مخالفا ، ولأنه أمره بأداء يخرجه عن العهدة ولم يوجد فكان مخالفا فيضمن ، والله أعلم .

كتاب المضاربة

المُضَارِبُ شَرِيكُ رَبِّ المَالِ فِى الرِّبْحِ وَرَأْسُ مَالِهِ الضَّرْبُ فِى الأَرْضِ ، فإذا سُلِّمَ رَأْسُ المَالِ إِلَيْهِ فَهُوَ أَمَانَةٌ ، فإذا تَصَرَّفَ فِيهِ فَهُوَ وَكِيلٌ ،

كتاب المضاربة

وهى مفاعلة من الضرب ، وهو السير فى الأرض ، قال الله تعالى ؛ وإذا ضربتم فى الأرض - الآية ، وسمى هذا النوع من التصرّف مضاربة لأن فائدته وهو الربح لاتحصل غالبا إلا بالضرب فى الأرض ، وهى بلغة الحجاز مقارضة ، وإنما اخترنا المضاربة لموافقته نصّ القرآن ، وهو قوله تعالى - وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله - أى يسافرون للتجارة ، وهو عقد مشروع بالآية وبالسنة ، وهو ما روى أن العباس كان يدفع ماله مضاربة ، ويشترط على مضاربه أن لايسلك به بحرا وأن لاينزل واديا ولا يشترى به ذات كبد رطبة (١) فان فعل ذلك ضمن ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وأجازه ، وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتعاملونه فأقرّهم عليه ؛ وعن عمر رضى الله عنه أنه دفع مال اليتيم مضاربة وعليه الإجماع ، ولأن للناس حاجة إلى ذلك لأن منهم الغنىّ الغبىّ عن التصرّفات ، والفقير الذكىّ العارف بأنواع التجارات ، فمست الحاجة إلى شرعيته تحصيلا لمصلحتها . وتنعقد بقوله دفعت هذا المال إليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة ، أو خذ هذا المال واعمل فيه على أن لك نصف الربح أو ثلثه ، أو قال : خذ هذه الألف واعمل بها بالنصف أوبالثلث استحسانا ، لأن البيع والشراء صار مذكورا بذكر العمل ، والنصف متى ذكر عقيب البيع والشراء يراد به النصف من الربح عرفا وأنه كالمشروط ، ولو قال : خذ هذا المال بالنصف كان مضاربة استحسانا عملا بالعرف . وشرائطها خمسة : أحدها أنها لاتجوز إلا بالنقدين . الثانى : إعلام رأس المال عند العقد ، إما بالإشارة أو بالتسمية ، ويكون مسلما إلى المضارب . الثالث : أن يكون الربح شائعا بينهما . الرابع : إعلام قدر الربح لكلّ واحد منهما . الخامس : أن يكون المشروط للمضارب من الربح ، حتى لو شرطه من رأس المال أو منهما فسدت على ما يأتيك إن شاء الله تعالى .

قال (المضارب شريك ربّ المال فى الربح ، ورأس ماله الضرب فى الأرض) لأنه لو لم يكن شريكه فى الربح لايكون مضاربة على مانبينه إن شاء الله . قال (فإذا سلم رأس المال إليه فهو أمانة) لأنه قبضه بإذن المالك (فاذا تصرّف فيه فهو وكيل) لأنه تصرّف

(١) قوله كبد رطبة : المراد بها المواشى .

فإذا رَبِحَ صَارَ شَرِيكا ، فإنْ شُرِطَ الرِّبْحُ لِلْمُضَارِبِ فَهُوَ قَرْضٌ (ف) ، وإن شُرِطَ لِرَبِّ المَالِ فَهُوَ بِضَاعَةٌ ، وَإِذَا فَسَدَتِ المُضَارَبَةُ فَهِيَ إجارَةٌ فاسِدَةٌ ، وَإِذَا خالَفَ صَارَ غاصِبا ، وَلا تَصِحُّ إِلاَّ أنْ يَكُونَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا مَشاعا ؛ فإن شُرِطَ لأَحَدِهِما دَرَاهِمُ مُسَمَّاةٌ فَسَدَتْ ، وَالرِّبْحُ لِرَبِّ المَالِ ، وَلِلْمُضَارِبِ أَجْرُ مِثْلِهِ ، وَاشْتِرَاطُ الوَضِيعَةِ عَلَى المُضَارِبِ باطِلٌ ، وَلا بُدَّ أنْ يَكُونَ المَالُ مُسَلَّما إلى المُضَارِبِ ، وَلِلْمُضَارِبِ أنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ بالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ وَيُوَكِّلَ وَيُسافِرَ وَيُبْضِعَ ، وَلا يُضَارِبُ إلاَّ بإذْنِ رَبِّ المَالِ ، أوْ بِقَوْلِه : اعْمَلْ برأيكَ ،

فيه بأمره (فإذا ربح صار شريكا) لأنه ملك جزءا من الربح (فإن شرط الربح للمضارب فهو قرض) لأن كلّ ربح لايملك إلا بملك رأس المال ، فلما شرط له جميع الربح فقد ملكه رأس المال ، ثم قوله مضاربة شرط لردّه فيكون قرضا (وإن شرط لربّ المال فهوبضاعة) هذا معناها عرفا وشرعا (وإذا فسدت المضاربة فهي إجارة فاسدة) لأنه عمل له بأجر مجهول فيستحقّ أجر مثله لما مرّ (وإذا خالف صار غاصبا) لأنه تصرّف فى ملك الغير بغير رضاه فكان غاصبا ، ولا تصحّ إلا بما تصحّ به الشركة . قال (ولا تصح إلا أن يكون الربح بينهما مشاعا ، فإن شرط لأحدهما دراهم مسماة فسدت) لما مرّ فى الشركة ، وكذا كل شرط يوجب الجهالة فى الربح يفسدها لاختلال المقصود (والربح لربّ المال) لأن الربح تبع للمال لأنه نماؤه (وللمضارب أجر مثله) لأنها فسدت ولا يتجاوز به المسمى عند أبى يوسف ، وهو نظير مامرّ فى الشركة الفاسدة ، وهكذا كلّ موضع لاتصحّ فيه المضاربة . وتجب الأجرة وإن لم يعمل لأن الأجير يستحقّ الأجرة بتسليم نفسه وقد سلم . وعن أبى يوسف أنه لايستحقّ حتى يربح كالصحيحة ، والمال أمانة كالصحيحة ، أو لأنه أجير خاصّ . قال (واشتراط الوضيعة على المضارب باطل) لما روى عن علىّ رضى الله عنه أنه قال : الربح على مااشترطوا عليه ، والوضيعة على المال ولأنه تصرّف فيه بأمره فصار كالوكيل . قال (ولا بدّ أن يكون المال مسلما إلى المضارب) لأنه لايقدر على العمل إلا باليد ، فيجب أن تخلص يده فيه وتنقطع عنه يد ربّ المال . قال (وللمضارب أن يبيع ويشترى بالنقد والنسيئة ويوكل ويسافر ويبضع) وأصله أن المضارب مأمور بالتجارة ، فيدخل تحت الإذن كل ماهو تجارة أو ما لابدّ للتجارة منه : كالبيع والشراء والباقى من أعمال التجارة ، وكذلك الإيداع ولأنها دون المضاربة فيدخل تحت الأمر . قال (ولا يضارب إلا باذن ربّ المال ، أو بقوله : اعمل برأيك) لأن الشيء لايستتبع مثله لاستوائهما فى القوّة فاحتاج إلى التنصيص أو مطلق التفويض ، إلا أنه ليس

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّى البَلَدَ وَالسِّلْعَةَ وَالمُعَامِلَ الَّذِى عَيَّنَهُ رَبُّ المَالِ ، وَإِنْ وَقَّتَ لَهَا وَقْتًا بَطَلَتْ بِمُضِيِّهِ ؛ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ عَبْدًا وَلَا أَمَةً مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ ، وَلَا يَشْتَرِىَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّ المَالِ ،

له الإقراض لأن الإطلاق فيما هو من أمور التجارة لاغير . قال (وليس له أن يتعدّى البلد والسلعة والمعامل الذى عينه ردّ المال) لما روينا من حديث العباس رضى الله عنه . وعن ابن مسعود رضى الله عنه أنه دفع المال مضاربة وقال : لاتسلف مالنا فى الحيوان ، ولأنها وكالة ، وفى التخصيص فائدة فيتخصص ، ولو خالفه كان مشتريا لنفسه وربحه له ، لأنه لما خالف صار غاصبا فأخذ حكم الغصب ، ثم قيل يضمن بنفس الإخراج من البلد لوجود المخالفة ، وقيل لايضمن ما لم يشتر لاحتمال عوده إلى البلد قبل الشراء ، فاذا عاد زال الضمان وصار مضاربة على حاله بالعقد الأوّل كالمودع إذا خالف ثم عاد .

والمضاربة نوعان : عامة ، وخاصة . فالعامة نوعان : أحدهما أن يدفع المال إليه مضاربة ولم يقل له اعمل برأيك ، فيملك جميع التصرّفات التى يحتاج إليها فى التجارة ويدخل فيه الرهن والارتهان والاستئجار والحطّ بالعيب والاحتيال بمال المضاربة ، وكل مايعمله التجار غير التبرّعات والمضاربة والشركة والخلط والاستدانة على المضاربة، وقد مرّ الوجه فيه . والثانى أن يقول له : اعمل برأيك، فيجوز له ماذكرنا من التصرّفات والمضاربة والشركة والخلط لأن ذلك مما يفعله التجار ، وليس له الإقراض والتبرّعات لأنه ليس من التجارة فلا يتناوله الأمر . والخاصة ثلاثة أنواع : أحدها أن يخصه ببلد فيقول : على أن تعمل بالكوفة أو بالبصرة . والثانى أن يخصه بشخص بعينه بأن يقول : على أن تبيع من فلان وتشترى منه ، فلا يجوز التصرّف مع غيره لأنه قيد مفيد لجواز وثوقه به فى المعاملات . الثالث أن يخصه بنوع من أنواع التجارات بأن يقول له : على أن تعمل به مضاربة فى البزّ أو فى الطعام أو فى الصرف ونحوه ، وفى كلّ ذلك يتقيد بأمره ولا يجوز له مخالفته لأنه مقيد وقد مرّ الوجه فيه ، ولو قال : على أن تعمل بسوق الكوفة فعمل فى موضع آخر منها جاز لأن أماكن المصر كلها سواء فى السفر والنقد والأمن ؛ ولو قال : لاتعمل إلا فى سوق فعمل فى غيره ضمن لأنه صرّح بالنهى ؛ ولو دفع المال مضاربة فى الكوفة على أن يشترى من أهلها فاشترى من غيرهم فيها جاز لأن المقصود المكان عرفا ؛ وكذلك لو دفعه مضاربة فى الصرف على أن يشترى من الصيارفة ويبيعهم فاشترى من غيرهم جاز لأن المراد النوع عرفا . قال (وإن وقت لها وقتا بطلت بمضيه) لأن التوقيت مقيد وهو وكيل فيتقيد بما وقته كالتقييد بالنوع والبلد . قال (وليس له أن يزوّج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) وهو على الخلاف الذى مرّ فى المأذون . قال (ولا يشترى من يعتق على ربّ المال) لأنه يعتق

فإنْ فَعَلَ ضَمِنَهُ ، ولا مَنْ يَعْتِقُ عَلَيهِ إنْ كانَ فى المالِ رِبْحٌ ، فإنْ لَمْ يَكُنْ فى المالِ رِبْحٌ فاشترَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ صَحَّ البَيْعُ ، فانْ رَبِحَ عَتَقَ نَصيبُهُ وَيَسْعَى العَبْدُ فى قِيمَةِ نَصِيبِ رَبِّ المالِ ؛ فَلَوْ دَفَعَ إليهِ المالَ مُضارَبَةً وقالَ : ما رَزَقَ اللهُ بَيْنَنا نِصْفانِ وأذِنَ لَهُ فى الدَّفْعِ مُضارَبَةً ، فَدَفَعَ إلى آخرَ بالثُّلُثِ فَنِصْفُ الرِّبْحِ لِرَبِّ المالِ بالشَّرْطِ ، والسُّدُسُ لِلأوَّلِ ، والثُّلُثُ لِلثّانى ، وإنْ دَفَعَ الأوَّلُ إلى الثّانى بالنِّصْفِ فَلا شَىْءَ لَهُ ، وإنْ دَفَعَهُ عَلى أنَّ لِلثّانى الثُّلُثَيْنِ ضَمِنَ الأوَّلُ لِلثّانى قَدْرَ السُّدُسِ مِنَ الرِّبْحِ ؛ وَلَوْ قالَ : ما رَزَقَكَ اللهُ فَلِى نِصْفُهُ فَما شَرَطَهُ لِلثّانى فَهُوَ لَهُ ؛ والباقى بَيْنَ رَبِّ المالِ والمُضارِبِ الأوَّلِ نِصْفانِ ؛

عليه فتبطل المضاربة ، وهو إنما وكله بالتصرّف فى المال لابابطال العقد (فان فعل ضمنه) معناه صار مشتريا لنفسه فيضمن الثمن كالوكيل بالشراء إذا خالف . قال (ولا من يعتق عليه إن كان فى المال ربح) لأنه يملك نصيبه فيعتق عليه فيفسد الباقى أو يعتق فيمتنع التصرّف فيه ، فان اشتراه كان مشتريا لنفسه فيضمن الثمن لأنه أدّاه من مال الغير . قال (فإن لم يكن فى المال ربح فاشترى من يعتق عليه صحّ البيع) لعدم المانع (فإن ربح عتق نصيبه) لأنه ملك قريبه ولا ضمان عليه لأنه عتق بالربح لابصنعه (ويسعى العبد فى قيمة نصيب ربّ المال) لأن ماليته صارت محبوسة عنده فيسعى كالعبد الموروث إذا عتق على أحد الورثة يسعى فى نصيب الباقين . قال (فلو دفع إليه المال مضاربة وقال : ما رزق الله بيننا نصفان وأذن له فى الدفع مضاربة ، فدفع إلى آخر بالثلث فنصف الربح لرب المال بالشرط ، والسدس للأوّل ، والثلث للثانى) لأنه لما شرط ربّ المال لنفسه النصف بقى النصف للمضارب ، فلما شرط الثلث للثانى انصرف تصرّفه إلى نصيبه فيبقى له السدس ويطيب له كأجير الخياط (وإن دفع الأوّل إلى الثانى بالنصف فلا شىء له) لأنه جعل نصفه للثانى فلم يبق له شىء ، كمن استأجره لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بدرهم (وإن دفعه على أن للثانى الثلثين ضمن الأوّل للثانى قدر السدس من الربح) لأنه ضمن للثانى ثلثى الربح وبعضه وهو النصف ملكه وبعضه وهو السدس ملك ربّ المال فلا ينفذ لأنه إبطال ملك الغير لكن التسمية صحيحة لكونها معلومة فى عقد يملكه ، وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء ، وصار كمن استأجر خياطا لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر الخياط غيره ليخيطه بدرهم ونصف (ولو قال : ما رزقك الله فلى نصفه ، فما شرطه للثانى فهو له) عملا بالشرط لأنه ملكه من جهة ربّ المال (والباقى بين ربّ المال والمضارب الأوّل نصفان)

وَلَوْ قالَ : عَلى أنَّ مارَزَقَ اللهُ بَيْنَنا نِصْفانِ فَدَفَعَهُ إلى آخرَ بالنِّصْفِ فَدَفَعَهُ الثَّانى إلى ثالِثٍ بالثُّلُثِ فالنِّصْفُ لِرَبِّ المَالِ ، وَلِلثَّالِثِ الثُّلُثُ ، وَلِلثَّانى السُّدُسُ وَلا شَيْءَ لِلأَوَّلِ ،

لأن ربّ المال جعل لنفسه نصف مارزقه الله ، وإنما رزقه نصف الربح فيكون بينهما نصفان ؛ وكذلك إذا قال ؛ ماربحت أو كسبت أو رزقت أو ما كان لك فيه من فضل أو ربح فهو بيننا نصفان ، فانه ينطلق إلى ما بعد ماشرط للثانى لما بينا (ولو قال : على أنّ ما رزق الله بيننا نصفان فدفعه إلى آخر بالنصف فدفعه الثانى إلى ثالث بالثلث فالنصف لربّ المال ، وللثالث الثلث ، وللثانى السدس ولا شيء للأوّل (لأنه لما شرط النصف للثانى وانصرف إلى نصيبه لما بينا فلم يبق له شيء والباقى على ما شرطاه لما بينا . وإذا لم يؤذن للمضارب فى الدفع مضاربة فدفعه إلى غيره مضاربة ضمن عند زفر لوجود المخالفة ، وقالا : لايضمن مالم يعمل لأن الدفع لايتقرّر مضاربة إلا بالعمل ، وقال أبوحنيفة : لايضمن ما لم يربح لما بينا فى أوّل الباب أن الدفع قبل العمل أمانة وبعد العمل مباضعة وهو يملك ذلك ، فإذا ربح صار شريكا فى المال فيضمن كما إذا خلط بمال آخر ولا ضمان على الثانى لأن فعله يضاف إلى الأوّل ، لأنه هو الذى أثبت له ولاية التصرّف ، فان استهلكه الثانى فالضمان على الأوّل خاصة ، وعندهما يضمن الثانى وهو نظير مودع المودع ، والأشهر أنه يخير ههنا فيضمن أيهما شاء الأول لما بينا والثانى لإبطاله حقّ ربّ المال فكان متعديا فى حقه ، ولو كانت المضاربة فاسدة لاضمان عليه لأن الثانى أجير فيه ، وله أجر مثله فلا يكون شريكا ، ولو دفع المال إلى رجلين مضاربة بالنصف وقال : اعملا برأيكما ، أو لم يقل فليس لأحدهما أن ينفرد لأن التجارة يحتاج فيها إلى الرأى ، فان عمل أحدها بنصف المال بغير أمر صاحبه ضمن النصف ، وإن عمل بأمر الآخر لم يضمن لأنه كالوكيل عنه ، وما ربح نصفه لربّ المال ونصفه بينهما نصفان .

فصــــل

ونفقة المضارب فى مال المضاربة ما دام فى سفره حتى يعود إلى مصره ، وإن كان ما دون مدّة السفر إذا كان لايبيت بأهله ، وإن كان يبيت فلا نفقة له ، وكذا لانفقة له ما دام فى مصره ، لأن النفقة جزاء الاحتباس ، فاذا كان فى مصره لايكون محتبسا فى المضاربة وفى السفر يكون محتبسا فيها ، وإذا اتخذ مصرا آخر دارا أو تزوّج به فهو كمصره ونفقته فى الحاجة الدارّة كالطعام والشراب والكسوة وفراش النوم ودابة الركوب وعلفها ومن يطبخ له ويغسل ثيابه وأجرة الحمام ودهن السراج والحطب ، وتجب نفقة مثله بالمعروف ونفقة غلمانه ودوابه الذين يعملون معه فى المال ، وتحتسب النفقة من الربح ، فان لم يكن

وَتَبْطُلُ المُضَارَبَةُ : بِمَوْتِ المُضَارِبِ ، وَبِمَوْتِ رَبِّ المَالِ ، وَبِرِدَّةِ رَبِّ المَالِ ، وَلَحاقِهِ مُرْتَدّاً ؛ وَلا تَبْطُلُ بِرِدَّةِ المُضَارِبِ ، وَلا يَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ مالَمْ يَعْلَمْ ؛ فَلَوْ باعَ وَاشْتَرَى بَعْدَ العَزْلِ قَبْلَ العِلْمِ نَفَذَ ، فإنْ عَلِمَ بِالْعَزْلِ وَالمَالُ مِنْ جِنْسِ رأسِ المَالِ لَمْ يَجُزْ لَهُ أنْ يَتَصَرَّفَ فيهِ ، وَإنْ كانَ خِلافَ جِنْسِهِ فَلَهُ أنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَصِيرَ مِنْ جِنْسِهِ ، وَإذا افْتَرَقا وفي المَالِ دُيُونٌ وَلَيْسَ فيهِ رِبْحٌ وَكَّلَ رَبَّ المَالِ عَلَى اقْتِضَائِها ، وَإنْ كانَ فيهِ رِبْحٌ أُجْبِرَ عَلَى اقْتِضَائِها ، وَمَا هَلَكَ مِنْ مالِ المُضَارَبَةِ فَمِنَ الرِّبْحِ ، فان زَادَ فَمِنْ رأسِ المَالِ .

فن رأس المال ؛ ولو أنفق من مال نفسه أو استدان لنفقته رجع فى مال المضاربة ؛ ولو ضارب لرجلين فنفقته على قدر المالين ، ولو كان أحد المالين بضاعة فالجميع على المضاربة لأن السفر واقع لها ، ولو كانت المضاربة فاسدة لانفقة للمضارب لأنه أجير ونفقة الأجير على نفسه . قال (وتبطل المضاربة بموت المضارب وبموت ربّ المال) لأنها وكالة وأنها تبطل بالموت لما مرّ . قال (وبردّة ربّ المال ولحاقه مرتدّا) لأنه موت حكما على ماعرف (ولا تبطل بردّة المضارب) لأن ملك ربّ المال باق ، وعبارة المرتدّ معتبرة . قال (ولا ينعزل بعزله مالم يعلم) كالوكيل (فلو باع واشترى بعد العزل قبل العلم نفذ) لبقاء الوكالة (فإن علم بالعزل والمال من جنس رأس المال لم يجز له أن يتصرّف فيه) لأنه صار أجنبيا بالعزل ولاضرر عليه فى ذلك (وإن كان خلاف جنسه فله أن يبيعه حتى يصير من جنسه) لأن له حقا فى الربح ، وهو إنما يظهر إذا علم رأس المال ، وإنما يعلم إذا نضّ(١) وإنما ينضّ بالبيع ، فاذا نضّ لايتصرف فيه ، وموت أحدهما ولحاقه بدار الحرب كالعزل . قال (وإذا افترقا وفى المال ديون وليس فيه ربح وكل ربّ المال على اقتضائها) لأنه وكيل متبرّع بالعمل فلا يلزمه الاقتضاء إلا أنه لما كان عاقدا والحقوق ترجع إليه فلا بدّ من وكالته (وإن كان فيه ربح أجبر على اقتضائها) لأن الربح بمنزلة الأجرة فكان أجيرا فيجب عليه تمام العمل . قال (وما هلك من مال المضاربة فن الربح) لأنه تبع كالعفو فى باب الزكاة (فإن زاد فن رأس المال) لأن المضارب أمين فلا ضمان عليه ، فان اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال أو بعضه رجع فى الربح حتى يستوفى رأس المال ، لأن الربح فضل على رأس المال ، ولا يعرف الفضل إلا بعد سلامة رأس المال فلا يصح قسمته فينصرف الهلاك إليه لما بينا ، ويبتدأ أوّلا برأس المال ثم بالنفقة ثم بالربح الأهم فالأهم ؛ ولو فسخه المضاربة ثم اقتسما الربح ثم عقدا المضاربة فهلك رأس المال لم يترادّا

---

(١) قوله نضّ ، بفتح النون وتشديد الضاد المفتوحة : أى صار نقدا .

كتاب الوديعة

وَهِيَ أَمَانَةٌ إِذَا هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ لَمْ يَضْمَنْ ، وَلَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بِنَفْسِهِ ، وَمَنْ فِي عِيَالِهِ وَإِنْ نَهَاهُ ،

الربح ، لأن هذه المضاربة جديدة ، والأولى قد انتهت فانتهى حكمها ، ولو مرّ المضارب على السلطان فأخذ منه شيئا كرها لاضمان عليه ، وإن دفع إليه شيئا ليكفّ عنه ضمن ، لأنه ليس من أمور التجارة ، وكذلك إذا أراد العاشر أن يأخذ منه العشر فصالحه المضارب بشيء من المال حتى كفّ عنه ضمن ، والله عزّ وجلّ أعلم .

كتاب الوديعة

وهى مشتقة من الودع وهو الترك ، يقال : دع هذا : أى اتركه ؛ ومنه الموادعة فى الحرب : أى أن يترك كلّ واحد من الفريقين الحرب ، وقال عليه الصلاة والسلام « لينهينّ قوم عن ودعهم الجماعات أو ليختمنّ على قلوبهم ثم ليكتبنّ من الغافلين » أى تركهم الجماعات . ومنه الوداع ، لأن كلّ واحد منهما يترك صاحبه ويفارقه ، أوهى من الحفظ ، قال عليه الصلاه والسلام فى حديث وداع المسافر « استودع الله دينك وأمانتك » أى استحفظ الله : أى اطلب منه حفظهما ، فكأن الوديعة تترك عند المودع للحفظ ، ولهذا لايودع عادة إلا عند من يعرف بالأمانة والديانة . وهو عقد مشروع أمانة لاغرامة ، قال عليه الصلاة والسلام « ليس على المستودع غير المغلّ ضمان ، ولا على المستعير غير المغل ضمان » ويجب حفظها على المودع إذا قبلها لأنه التزم الحفظ بالعقد ، والوديعة تارة تكون بصريح الإيجاب والقبول وتارة بالدلالة ، فالصريح قوله أودعتك وقول الآخر قبلت ، ولا يتمّ فى حقّ الحفظ إلا بذلك ، ويتمّ بالإيجاب وحده فى حقّ الأمانة ، حتى لو قال للغاصب أودعتك المغصوب برئ عن الضمان وإن لم يقبل ، لأن صيرورة المال أمانة حكم يلزم صاحب المال لاغير فيثبت به وحده ؛ فأما وجوب الحفظ فيلزم المودع فلا بد من قبوله ، والدلالة إذا وضع عنده متاعا ولم يقل شيئا ، أو قال هذا وديعة عندك وسكت الآخر صار مودعا حتى لو غاب المالك ثم غاب الآخر فضاع ضمن ، لأنه إيداع وقبول عرفا .

قال (وهى أمانة إذا هلكت من غير تعدّ لم يضمن) لأنه لو وجب الضمان لامتنع الناس من قبولها وفيه من الفساد ما لايخفى ، ولما روينا من الحديث . قال (وله أن يحفظها بنفسه ومن فى عياله وإن نهاه) لأنه التزم أن يحفظها بما يحفظ به ماله ، وذلك بالحرز واليد .

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بِغَيْرِهِمْ إِلاَّ أَنْ يَخَافَ الحَرِيقَ فَيُسَلِّمَهَا إِلى جارِهِ ، أَوِ الغَرَقَ فَيُلْقِيهَا إِلى سَفِينَةٍ أُخْرَى ، فإنْ خَلَطَهَا بِغَيْرِها حتَّى لاتَتَمَيَّزَ ضَمِنَهَا ، وكَذَا إنْ أَنْفَقَ بَعْضَهَا ثُمَّ رَدَّ عِوَضَهُ وَخَلَطَهُ بالبَاقِى ، وَإنِ اخْتَلَطَ بِغَيْرِ صُنْعِهِ فَهُوَ شَرِيكٌ ،

أما الحرز فداره ومنزله وحانوته ، سواء كان ملكا له أو إجارة أو إعارة . وأما اليد فيده وزوجته وزوجها وأمته وعبده وأجيره الخاص وولده الكبير إن كان فى عياله على ما مرّ فى الرهن ، ولأن المودع رضى بذلك لأنه يعلم أن المودع لابدّ له من الخروج لمعاشه وأداء فرائضه ، ولا يمكنه استصحاب الوديعة معه فيتركها فى منزله عند من فى عياله فلم يكن له بدّ من ذلك ، ولهذا لايصح نهيه لوقال لاتدفعها إلى شخص عينه من عياله ممن لابدّ له منه ، فان لم يكن له عيال سواه لم يضمن ، وإن كان له سواه يضمن لأن من العيال من لايؤتمن على المال . قال (وليس له أن يحفظها بغيرهم) لأنه ما رضى بحفظ غيرهم ، فان الناس يتفاوتون فى الأمانات وصار كالوكيل والمضارب ليس له أن يوكل ولا يضارب لما تقدّم أن الشىء لايتضمن مثله . قال (إلا أن يخاف الحريق فيسلمها إلى جاره ، أو الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى) لأن الحفظ تعين بذلك ، لكن لايصدّق عليه إلا ببينة لأنه يدعى سببا لإسقاط الضمان فيحتاج إلى بينة . قال (فان خلطها بغيرها حتى لاتتميز ضمنها) عند أبى حنيفة ثم لاسبيل للمودع عليها والخلط على وجوه : أحدها الجنس بالجنس كالحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعير ، والدراهم البيض بالبيض ، والسود بالسود . والثانى خلط الجنس بغيره كالحنطة بالشعير ، والخلّ بالزيت ونحوهما . والثالث خلط المائع بجنسه ؛ فعند أبى حنيفة هو استهلاك فى الوجوه كلها فيضمنها وينقطع حقّ المودع عنها ، وعندهما كذلك فى الوجه الثانى ، لأنه استهلاك صورة ومعنى ؛ والأوّل عندهما إن شاء شاركه فيها ، وإن شاء ضمنه ، لأنه إن تعذر أخذ عين حقه لم يتعذّر المعنى فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيختار أيهما شاء . وأما الثالث فعند أبى يوسف يجعل الأقلّ تبعا للأكثر اعتبارا للغالب . وعند محمد هو شركة بينهما بكلّ حال لأن الجنس لايغلب الجنس عنده على ما عرف من أصله فى الرضاع ، وخلط الدراهم بالدراهم ، والدنانير بالدنانير إذابة من الوجه الثالث ، لأنه يصير مائعا بالإذابة . وجه قول أبى حنيفة أنه استهلاك من كلّ وجه لتعذّر وصوله إلى عين حقه ، والقسمة مرّتبة على الشركة فلا تكون موجبة لها ، فلو أبرأ المودع الخالط برئ أصلا ، وعندهما يبرأ من الضمان فتتعين الشركة فى المخلوط (وكذا إن أنفق بعضها ثم ردّ عوضه وخلطه بالباقى) فهو استهلاك على الوجه الذى بينا . قال (ولو اختلط بغير صنعه فهو شريك) بالاتفاق لأنه لاصنع له فيه فلا ضمان عليه فتتعين الشركة.

وَلَوْ تَعَدَّى فِيها بالرُكُوبِ أَوِ اللُّبْسِ أَوْ الاِسْتِخْدَامِ أَوْ أَوْدَعَهَا ثُمَّ زَالَ التَّعَدِّى لَمْ يَضْمَنْ ، وَلَوْ أَوْدَعَها فَهَلَكَتْ عِنْدَ الثَّانى فالضَّمَانُ عَلَى الأَوَّلِ (سم) فانْ طَلَبَها صَاحِبُها فَجَحَدَها ثُمَّ عادَ اعْتَرَفَ ضَمِنَ ؛ وَلِلْمُودَعِ أَنْ يُسافِرَ بالْوَدِيعَةِ ، وَإِنْ كانَ لَها حَمْلٌ وَمَئُونَةٌ ما لَمْ يَنْهَهُ إذَا كانَ الطَّرِيقُ آمِنا ، وَلَوْ أَوْدَعا عِنْدَ رَجُلٍ مَكِيلاً أَوْ مَوْزُونا ثُمَّ حَضَرَ أَحَدُهُما يَطْلُبُ نَصِيبَهُ لَمْ يُؤْمَرْ بالدَّفْعِ إلَيْهِ ما لَمْ يَحْضُرِ الآخَرُ ،

قال (ولو تعدّى فيها بالركوب أو اللبس أو الاستخدام أو أودعها ثم زال التعدى لم يضمن) لزوال الموجب للضمان ، ويد الأمانة باقية بإطلاق الأمر الأوّل لأنه لم يرتفع من جهة صاحب الحقّ لكن ارتفع حكمه لوجود ما ينافيه ثم زال المنافى فعاد حكم الأمر الأوّل (ولو أودعها فهلكت عند الثانى فالضمان على الأوّل) خاصة . وقالا : يضمن أيهما شاء ، لأن الأوّل خالف لما بينا ، والثانى تعدّى حيث قبض ملك غيره بغير أمره ، فإن ضمن الأوّل لايرجع على الثانى لأنه ملكه بالضمان مستندا فيكون مودعا ملكه ، وإن ضمن الثانى رجع على الأوّل لأنه إنما لحقه ذلك بسببه . ولأبى حنيفة أن التفريط إنما جرى من الأوّل ، لأن مجرّد الدفع لايوجب الضمان حتى لو هلكت والأوّل حاضر لايضمن ، فاذا غاب الأوّل فقد ترك الحفظ فيضمن والثانى لم يترك . قال (فإن طلبها صاحبها فجحدها ثم عاد اعترف ضمن) لأن بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بعده ، وبالاعتراف بعد ذلك لم يوجد الردّ إلى نائب المالك بخلاف مسئلة المخالفة ثم المرافقة ، لأن يد الوديعة لم ترتفع فوجد الردّ إلى يد النائب ، ولو جحدها عند غير المالك لم يضمن . وقال زفر : يضمن لأنه جحد الوديعة . ولنا أنه من باب الحفظ لما فيه من قطع الأطماع عنها ، ولأنه ربما يخاف عليها ممن جحدها عنده ، وهذا المعنى معدوم إذا جحدها عند المالك ، فان جحدها ثم جاء بها فقال له صاحبها دعها وديعة عندك فهلكت ، فان أمكنه أخذها فلم يأخذها لم يضمن لأنه إيداع جديد كأنه أخذها ثم أودعها ، وإن لم يمكنه أخذها ضمن لأنه لم يتمّ الرد . قال (وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومئونة ما لم ينهه إذا كان الطريق آمنا) لإطلاق الأمر ، و الغالب السلامة إذا كان الطريق آمنا ، ولهذا يملكه الوصىّ والأب ، بخلاف الركوب فى البحر ، لأن الغالب فيه العطب . وقالا : ليس له ذلك إلا إذا كان له حمل ومئونة ، لأن الظاهر عدم الرضا لما يلزمه من مئونة الحمل . قلنا يلزمه ذلك ضرورة امتثال أمره ، فلا اعتبار به سيا إذا كان من أهل العمود ، ولا بدّ له من رحلة الشتاء والصيف . قال (ولو أودعا عند رجل مكيلا أوموزونا ثم حضر أحدهما يطلب نصيبه لم يؤمر بالدفع إليه ما لم يحضر الآخر) وقالا : يدفع إليه نصيبه لأنه سلمه إليه فيؤمر بالدفع إليه عند الطلب لأنه ملكه

فانْ قالَ المُودَعُ أمَرْتَنِى أنْ أدْفعَها إلى فُلانٍ وكَذَّبَهُ المَالِكُ ضَمِنَ إلاَّ أنْ يقِيمَ البَيِّنَةَ عَلى ذلكَ أوْ ينْكُلَ المَالِكُ عَنِ اليَمِينِ ؛ ولَوْ أوْدَعَ عِنْدَ رَجُلَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يُقْسَمُ اقْتَسَماهُ وحَفِظَ كُلٌّ مِنْهُما نِصْفَهُ ، وإنْ كانَ لايُقْسَمُ حَفِظَهُ أحَدُهُما بِأمْرِ الآخَرِ ؛ ولَوْ قالَ احْفَظْها فى هَذا البَيْتِ فَحَفِظَها فى بَيْتٍ آخَرَ فى الدَّارِ لَمْ يَضْمَنْ ، ولَوْ خالَفَهُ فى الدَّارِ ضَمِنَ ، ولَوْ رَدَّ الوَدِيعَةَ إلى دارِ مالِكِها ولَمْ يَسَلِّمْها إلَيْهِ ضَمِنَ .

حتى كان له أخذه كالدين المشترك ، وله أن نصيبه فى المشاع ولا يمكن دفعه إليه ، لأن الدفع يقع فى المعين وهو غير المشاع ؛ وإذا لم يمكن دفعه إليه كيف يؤمر به ، وولاية الأخذ لاتقتضى جواز الدفع . ألا ترى أن المديون لو كان له وديعة عند رجل من جنس الدين فلربّ الدين أخذها ، ولا يجو زللمو ع الدفع إليه . وأما الدين المشترك فلأنه يؤديه المديون من مال نفسه لما عرف ، ولا اعتبار بضرر الحاضر لأنه لحقه بصنعه حيث أودعه مشاعا ، وغير المكيل والموزون لايدفع إليه نصيبه بالإجماع . وذكر محمد الخلاف مطلقا والأول أصحّ ، لأنه لو كان فى يد أحدهما وغاب فليس للحاضر أخذ نصيبه فمن المودع أولى . قال (فإن قال المودع أمرتنى أن أدفعها إلى فلان وكذبه المالك ضمن ، إلا أن أيقيم البينة على ذلك أو ينكل المالك عن اليمين) لأنهما تصادقا على الدفع وتجاحدا فى الإذن فيضمن بالدفع إلا بحجة . قال (ولو أودع عند رجلين شيئا مما يقسم اقتسماه وحفظ كلّ منهما نصفه ، وإن كان لايقسم حفظه أحدهما بأمر الآخر) وقالا : لأحدهما أن يحفظه بأمر الآخر فى المسئلتين لأنه رضى بأمانتهما ، فكان لأحدهما أن يسلمها إلى الآخر كالمسئلة الثانية ، وله أن الدافع أودع نصفه بغير أمر المودع فيضمنه ، وهذا لأنه إنما رضى بأمانتهما فكان رضى بأمانة كلّ واحد منهما فى النصف ، لأن إضافة الفعل إليهما تقتضى التبعيض كالتمليكات ، إلا أنا جوّزناه فيما لايقسم ضرورة عدم التجزى وعدم إمكان اجتماعهما عليها ، ولأنه لما لم يمكن قسمتها ولا الاجتماع عليها دائما كان راضيا بذلك دلالة ، وعلى هذا الوكيلان والوصيان والمرتهنان والعدلان فى الرهن والمستبضعان (١) . قال (ولو قال احفظها فى هذا البيت فحفظها فى بيت آخر فى الدار لم يضمن) لعدم تفاوتهما فى الحرز إلا أن تكون دارا كبيرة متباعدة الأطراف والبيت الذى نهاه عنه عورة فانه يضمن لأنه مفيد . قال (ولو خالفه فى الدار ضمن) لأن الدور تختلف فى الحرز فكان مفيدا . قال (ولو ردّ الوديعة إلى دار مالكها ولم يسلمها إليه ضمن) لأن المالك ما رضى بدفعها إلى داره ولا إلى من فى عياله ظاهرا إذ لو رضى بهم لما أودعها ، ولو وضع الثياب فى الحمام ولم يقل شيئا

---

(١) فى نسخة أخرى : والمستصنعان .

كتاب اللقيط

وَهُوَ حُرٌّ وَنَفَقَتُهُ فِى بَيْتِ المَالِ ،

ودخل الحمام ينظر إن كان فى الحمام ثيابى يحفظ الثياب فالضمان عليه دون الحمامى لأنه استودعه دلالة ، وإن لم يكن ضمن الحمامى ؛ ولو قال للحمامى : أين أضع الثياب فأشار إلى مكان يضمن الحمامى دون الثيابى لأن الحمامى صار مودعا ؛ ولو وضع الثياب بمحضر من الحمامى فخرج آخر ولبسها والحمامى لايدرى أنها ثيابه أم لا ضمن الحمامى ؛ وإن نام الحمامى فسرقت الثياب إن نام قاعدا لم يضمن لأنه لم يترك الحفظ ، وإن نام مضطجعا ضمن والخان كالحمام ، والدابة كالثياب ، والخانى كالحمامى .

قام واحد من أهل المجلس وترك كتابه أو متاعه فالباقون مودعون حتى لو تركوه فهلك ضمنوا ؛ فإن قام واحد بعد واحد فالضمان على آخرهم لأنه تعين حافظا .

كتاب اللقيط

وهو فعيل من اللقط والالتقاط بمعنى مفعول ، ومعناه العثور على الشىء مصادفة من غير طلب ولا قصد . قال الراجز يصف ماء آجنا :

ومنهـــل وردته التقاطا أخضر مثل الزيت لما شاطا

أى وردته من غير طلب ولا قصد، شاط الزيت إذا نضج حتى احترق ، وكذلك اللقيط يوجد من غير طلب ، والتقاط صغار بنى آدم مفروض إن علم أنه يهلك إن لم يأخذه بأن كان فى مفازة أو بئر أو مسبعة دفعا للهلاك عنه ، فان غلب على ظنه عدم الهلاك بأن كان فى مصر أو قرية فأخذه مندوب لما فيه من السعى فى إحياء نفس محترمة ، قال الله تبارك وتعالى - ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا - وعن علىّ رضى الله عنه أنه قال للملتقط : لأن أكون وليت منه مثل ما وليت أنت كان أحبّ إلىّ من كذا وكذا .

قال (وهو حرّ) تبعا للدار ، ولأن الأصل فى بنى آدم الحرية (ونفقته فى بيت المال) لما روى عن سنين أبى جميلة قال : وجدت منبوذا على بابى : أى لقيطا ، فأتيت عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال لى : عسى الغوير أبؤسا (١) نفقته علينا وهو حرّ . وهذا مثل

(١) قوله عسى الغوير أبؤسا : قال فى مجمع الأمثال للميدانى : الغوير تصغير غار : والأبؤس جمع بؤس وهو الشدّة ، وأصل هذا المثل فيما يقال من قول الزباء حين قالت لقومها عند رجوع قصير من العراق وبات بالغوير على طريقه : عسى الغوير أبؤسا : أى لعل الشرّ يأتيكم من قبل الغار . وجاء رجل إلى عمر رضى الله عنه يحمل لقيطا ، فقال عمر :

وَمِيراثُهُ لِبَيْتِ المَالِ ، وَجِنايَتُهُ عَلَيْهِ ، وَدِيَتُهُ لَهُ وَوَلاؤُهُ ، وَالمُلْتَقِطُ أَوْلَى بِهِ مِنْ غَيْرِهِ ، وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فى الإِنْفاقِ عَلَيْهِ إِلاَّ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ القاضِي بِشَرْطِ الرُّجُوعِ ؛ وَمَنِ ادَّعَى أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَإِنِ ادَّعاهُ اثْنانِ مَعًا ثَبَتَ مِنْهُما إِلاَّ أَنْ يَذْكُرَ أَحَدُهُما عَلامَةً فى جَسَدِهِ .

يقال عند التهمة . قال ابن الأعرابى : إنما عرّض عمر بالرجل : أى لعلك صاحب اللقيط ، يريد أنك زنيت بأمه وادّعيته لقيطا فشهد له جماعة بالخير فتركه . قال (وميراثه لبيت المال وجنايته عليه ، وديته له وولاؤه) ليكون الغرم بالغنم ، ولو قتل عمدا فإن شاء الإمام اقتصّ وإن شاء صالح على الدية . وقال أبو يوسف : تجب الدية فى مال القاتل لاغير لاحتمال الولىّ وهو الظاهر إلا أنه غائب ولا يقتصّ دونه . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولىّ من لاولىّ له » لأن الولىّ الذى لايعرف ولا ينتفع برأيه كالعدم فلا اعتبار به ، وليس له أن يعفو بالإجماع لأن فيه إبطال حقّ جماعة المسلمين ؛ ويحدّ قاذف اللقيط ولا يحدّ قاذف أمه ، لأن فى حجرها ولدا لايعرف أبوه فكانت تهمة الزنا قائمة كالملاعنة . قال (والملتقط أولى به من غيره) لسبق يده عليه كالمباحات ، فإن سأل القاضى أن يقبله إن شاء قبله وإن شاء لا لاحتمال أنه ولده فينفق عليه من بيت المال ، وكذلك إن علم أنه لقيط لأنه التزم حفظه وتربيته ، فإن دفعه الملتقط إلى آخر ليس له أن يستردّه لأنه رضى بابطال حقه . قال (وهو متبرّع فى الإنفاق عليه) لعدم الولاية (إلا أن يأذن له القاضى بشرط الرجوع) لعموم ولايته ، فان أذن له ولم يشترط الرجوع ذكر الطحاوى أنه يرجع عليه بعد البلوغ لأنه قضى حقا عليه واجبا بأمر القاضى فصار كقضاء دينه بأمره ، والأصحّ أنه لايرجع لأنه أمره بقضاء حقّ واجب بغير عوض ترغيبا له فى إتمام ما شرع فيه من التبرّع ، فصار كما إذا قال له أدّ عنى زكاة مالى فانه لايرجع إلا بالشرط ، بخلاف الدين لأنه وجب عليه بعوض ولو لم يأذن له القاضى ، لكن صدقه اللقيط بعد بلوغه فله الرجوع عليه لأنه اعترف بحقه . قال (ومن ادّعى أنه ابنه ثبت نسبه منه) لما فيه من نفع الصغير ، لأن الناس يتشرّفون بالأنساب ويعيرون بعدمها ، وإذا ثبت نسبه ترتب عليه أخذه فتبطل يد الملتقط (وإن ادّعاه اثنان معا ثبت منهما) لعدم الأولوية (إلا أن يذكر أحدهما علامة فى جسده) فيكون أولى بشهادة الظاهر أو لسبق فى الدعوى لأنه ثبت نسبه منه فى زمان لاينازعه فيه غيره ،

= عسى الغوير أبؤسا . قال ابن الأعرابى : إنما عرّض بالرجل : أى لعلك صاحب هذا اللقيط . قال : ونصب أبؤسا على معنى عسى الغوير يصير أبؤسا ، ويجوز أن يقدر عسى الغوير أن يكون أبؤسا : وقال أبو على : جعل عسى بمعنى كان ونزله منزلته . يضرب للرجل ، يقال : لعلّ الشرّ جاء من قبلك ، اهـ مصححه .

وَالحرُّ وَالمُسْلِمُ أَوْلى مِنَ العَبْدِ وَالذِّمىّ ، وَإِنِ ادَّعاهُ عَبْدٌ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُوَ حُرٌّ ؛ وَإِنِ ادَّعاهُ ذِمىٌّ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ ، إلاَّ أَنْ يَلْتَقِطَهُ مِنْ بَيْعَةٍ أَوْ كَنِيسَةٍ أَوْ قَرْيَةٍ مِنْ قُرَاهُمْ فَيَكُونُ ذِمِّيًّا ؛ وَمَنِ ادَّعَى أَنَّهُ عَبْدُهُ لَمْ يُقْبَلْ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ ؛ وَإِذَا كانَ عَلَى اللَّقِيطِ مالٌ فَهُوَ مَشْدُودٌ لَهُ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ بِأَمْرِ القاضِي ، وَيَقْبَلُ لَهُ الهِبَةَ ، وَيُسَلِّمُهُ فى صِناعَةٍ ، وَلا يُزَوِّجُهُ ، وَلا يُؤَاجِرُهُ .

إلاإذا أقام الآخر البينة لأنها أقوى. قال (والحرّ المسلم أولى من العبد والذمىّ) ومعناه إذا ادّعى نسبه حرّ وعبد أو مسلم وذمى فالحرّ أولى من العبد والمسلم أولى من الذمى ، لأن ذلك أنفع له (وإن ادّعاه عبد فهو ابنه) لأن ثبوت النسب أنفع له (وهو حرّ) لما تقدّم ولا يلزم من رقّ أبيه أن يكون رقيقا ، لأن العبد يتزوّج الحرّة (وإن ادّعاه ذمى فهو ابنه) لما مرّ (وهو مسلم) لأن الإسلام ثبت له بالدار وإبطاله إضرار به ، وليس من ضرورة كون الأب كافرا كفر الولد لاحتمال إسلام الأم . قال (إلا أن يلتقطه من بيعة أو كنيسة أو قرية من قراهم فيكون ذميا) لأن الظاهر أن أولاد المسلمين لايكونون فى مواضع أهل الذمة فكذلك بالعكس ، فى ظاهر الرواية أنه اعتبر المكان دون الواجد كاللقيط إذا وجده مسلم فى دار الحرب . وروى أبو سليمان عن محمد أنه اعتبر الواجد دون المكان لأن اليد أقوى ؛ وفى رواية اعتبر الإسلام نظرا للصغير . قال (ومن ادّعى أنه عبده لم يقبل إلا ببينة) عملا بالأصل ، وإقراره بالرقّ قبل البلوغ لايقبل ، وبعد البلوغ إن أجرى عليه أحكام الأحرار من قبول شهادته وحدّ قاذفه لم يصحّ وقبل ذلك يصحّ ؛ ولو التقطه مسلم فادّعى نصرانى أنه ابنه فهو أبنه وهومسلم لما تقدّم ، وإن كان عليه زىّ النصارى كالصليب والزنار فهو نصرانى ، لأن الظاهر أنه ولد على فراشه ولا اعتبار بالمكان . قال (وإذا كان على اللقيط مال مشدود فهو له)عملا بالظاهر (وينفق عليه منه بأمر القاضى) لعموم ولايته ويصدق عليه فى نفقة مثله ؛ وقيل لايحتاج إلى أمر القاضى لأن المال له فينفق عليه منه ، وله ولاية ذلك فيشترى له ما يحتاج إليه من الكسوة والطعام وغيرهما . قال (ويقبل له الهبة) لأنه نفع محض (ويسلمه فى صناعة) لأنه من باب التثقيف وفيه منفعته (ولا يزوجه) لأنه لاولاية له عليه ، وولاية التزويج والبيع والشراء للسلطان لعموم ولايته ، فان زوّجه السلطان ولا مال له فالمهر فى بيت المال ، وفى النوادر : إذا أمر الملتقط بختان الصبىّ فهلك ضمن لأنه ليس له هذه الولاية . قال (ولا يؤاجره) وهو الأصحّ لأنه لايملك إتلاف منافعه كالعمّ بخلاف الأمّ لأنها تملك ذلك ، ولهذا كان لها إجارته لنفقتها واستخدامه .

كتاب اللقطة

وأخْذُها أفْضَلُ ، وَإنْ خافَ ضَياعَهَا فَوَاجِبٌ ، وَهِيَ أمانَةٌ إذَا أشْهَدَ أنّهُ أخَذَها لِيَرُدَّها عَلَى صَاحِبِها ، فإنْ لَمْ يُشْهِدْ ضَمِنَها وَيُعَرِّفُها مُدَّةً يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ أنَّ صَاحِبَها لايَطْلُبُها بَعْدَ ذَلكَ .

كتاب اللقطة

وهى كاللقيط فى الاشتقاق والمعنى ، وهى بضمّ اللام وفتح القاف : اسم للمال الملقوط ، وقال بعضهم : هى اسم الملتقط كالضحكة واللمزة والهمزة . فأما المال الملقوط فهو بسكون القاف ، والأوّل أصحّ .

قال (وأخذها أفضل) لئلا تصل إليها يد خائنة (وإن خاف ضياعها فواجب) صيانة لحقّ الناس عن الضياع ، وإن كان يخاف على نفسه الطمع فيها وترك التعريف والردّ فالترك أولى صيانة له عن الوقوع فى المحرّم . واللقطة : ما يوجد مطروحا على الأرض ما سوى الحيوان من الأموال لاحافظ له . والضالة : الدابة تضلّ الطريق إلى مربطها وأخذها أفضل لأن الغالب فى زماننا الضياع ، فإن أخذها وأشهد وعرّفها ثم ردّها إلى موضعها لم يضمن . وذكر الحاكم فى مختصره : أو ردّها بعد ما حوّلها ضمن ، لأن بالتحويل التزم الحفظ ، فبالردّ صار مضيعا ولاكذلك قبل التحويل . قال (وهى أمانة إذا أشهد أنه يأخذها ليردّها على صاحبها) وهو أن يشهد عند الأخذ أنه يأخذها للردّ أو يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علىّ (فإن لم يشهد ضمنها) خلافا لأبى يوسف إذا ادّعى أنه أخذها للردّ لأن الظاهر من حاله الحسبة لاالمعصية . ولهما أن الأصل أن كلّ متصرّف عاقل إنما يتصرّف لنفسه ، وقد اعترف بالأخذ الذى هو سبب الضمان ثم ادّعى ما يبرئه فلا يصدّق إلا ببينة ، وإن قال أخذته لنفسى ضمن بالإجماع باقراره ، وإن تصادقا أنه أخذها ليردّها لم يضمن بالإجماع لأن تصادقهما كالبينة . قال (ويعرّفها مدّة يغلب على ظنه أن صاحبها لايطلبها بعد ذلك) هو المختار ، لأن ذلك يختلف بقلة المال وكثرته . وعن أبى حنيفة إن كانت أقلّ من عشرة دراهم عرّفها أياما ، وإن كانت عشرة فصاعدا عرّفها حولا . وعن محمد التقدير بالحول من غير فصل لقوله عليه الصلاة والسلام « من التقط شيئا فليعرفه حولا من غير فصل » وجه الأوّل ما روى عن أبىّ بن كعب قال « وجدت مائة دينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عنها ، فقال : عرّفها حولا » والعشرة وما فوقها فى معناها من حيث وجوب القطع فى سرقة واستباحة الفرج بها ولا كذلك ما دونها .

فانْ جاءَ صَاحِبُها وَإلاَّ تَصَدَّقَ بِهَا إنْ شاءَ ، وَإنْ شاءَ أمْسَكَهَا ، فانْ جاءَ وأمْضَى الصَّدَقَةَ فَلَهُ ثَوَابُهُ ، وَإلاَّ لَهُ أنْ يُضَمِّنَهُ ، أوْ يُضَمِّنَ المِسْكِينَ ، أوْ يأخُذَهَا إنْ كانَتْ باقِيَةً ، وأيُّهُمَا ضَمِنَ لايَرْجِعُ عَلَى أحَدٍ ، وَلا يَتَصَدَّقُ بِهَا عَلَى غَنِيٍّ ، وَيَنْتَفِعُ بِهَا إنْ كانَ فَقِيرًا ، وَإنْ كانَتْ شَيْئًا لايَبْقَى عَرَّفَهُ إلَى أنْ يَخافَ فَسادَهُ ، وَيُعَرِّفُهَا فِى مَكَانِ الالْتِقاطِ وَمَجَامِعِ النَّاسِ . وَإنْ كانَتْ حَقِيرَةً كالنَّوَى وَقُشُورِ الرُّمَّانِ يَنْتَفِعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ ، وَلِلْمالِكِ أخْذُهُ ،

وروى الحسن عن أبى حنيفة إن كانت مائتى درهم فما فوقها يعرّفها حولا ، وفوق العشرة إلى مائة درهم شهرا ، وفى العشرة جمعة ، وفى ثلاثة دراهم ثلاثة أيام ، وفى درهم يوما ، وإن كانت تمرة ونحوها تصدّق بها مكانها ، وإن كان محتاجا أكلها مكانها قدّر لكلّ لقطة على قدرها فكأنه والأوّل سواء . والتعريف أن ينادى فى الأسواق والشوارع والمساجد : من ضاع له شىء فليطلب عندى . قال (فان جاء صاحبها وإلا تصدّق بها إن شاء) إيصالا للحقّ إلى مستحقه بقدر الإمكان ، لأن الواجب إيصاله إلى مالكه صورة ومعنى ، فاذا تعذّرت الصورة يوصله إليه معنى وهو الثوا ب (وإن شاء أمسكها) لاحتمال مجىء صاحبها (فان جاء وأمضى الصدقة فله ثوابه) لأنه ماله (وإلا له أن يضمنه أو يضمن المسكين أو يأخذها إن كانت باقية) أما تضمينه فلأنه سلم ماله إلى غيره بغير أمره ، وإذن الشرع فى ذلك لايمنع الضمان كأكل مال الغير حال المخمصة . وأما تضمين المسكين فلأنه قبض ماله بغير أمره . وأما أخذها فلأنه وجد عين ماله . قال (وأيهما ضمن لايرجع على أحد) أما الملتقط فلأنه ملكها من وقت التصدّق بالضمان فظهر أنه تصدّق بماله ، وأما الفقير فلأنه عوض ما وصل إليه . قال (ولا يتصدّق بها على غنىّ) لقوله عليه الصلاة والسلام « فان لم يأت صاحبها فليتصدّق بها » والصدقة لاتكون على الغنىّ كالواجبات . قال (وينتفع بها إن كان فقيرا) كغيره من الفقراء ، ويعطيها أهله إن كانوا فقراء لما مرّ . قال (وإن كانت شيئا لايبقى) كاللحم واللبن والفواكه الرطبة ونحوها (عرفه إلى أن يخاف فساده) ثم يتصدّق به خوفا من الفساد وفيه نظر لصاحبها بالثواب دنيا وأخرى (ويعرّفها فى مكان الالتقاط ومجامع الناس) فهو أجدر أن يصل صاحبها . وسأل رجل عليا رضى الله عنه فقال : اذهب حيث وجدتها فان وجدت صاحبها فادفعها إليه وإلا فتصدّق بها ، فان جاء صاحبها فخيره بين الأجر والقيمة . قال (وإن كانت حقيرة كالنوى وقشور الرمان ينتفع به من غير تعريف) لأن رميها إباحة للأخذ دلالة . قال (وللمالك أخذه) لأن الإباحة لاتسقط الملك عن العين خصوصا لغير معين ، وإن كان كثيرا لم يجز للملتقط

وَالسُّنْبُلُ بَعْدَ الحصادِ إذَا جَمَعَهُ فَهُوَ لَهُ خاصَّةً ، وَيَجُوزُ التِقاطُ الإبِلِ وَالبَقَرِ وَالغَنَمِ وَسائِرِ الحَيَوَاناتِ ، وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِيما أنْفَقَ عَلَيْها ، فانْ كانَ لَهَا مَنْفَعَةٌ آجَرَها بِإذْنِ الحاكِمِ وأنْفَقَ عَلَيْها ، وَإنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَنْفَعَةٌ باعَها إنْ كانَ أصْلَحَ ، فانْ جاءَ صَاحِبُها فَلَهُ حَبْسُها حَتَّى يُعْطِيَهُ النَّفَقَةَ ، فانِ امْتَنَعَ بِيعَتْ فى النَّفَقَةِ ، فانْ هَلَكَتْ بَعْدَ الحَبْسِ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ وَقَبْلَ الحَبْسِ لا ؛ وَلَيْسَ فى رَدِّ اللُّقْطَةِ وَالضَّالَّةِ وَالصَّبِيِّ الحُرِّ شَيْءٌ وَاجِبٌ ؛

الانتفاع به . قال (والسنبل بعد الحصاد إذا جمعه فهو له خاصة) بدلا لةالحال وعليه جميع الناس فى جميع البلاد . قال أبو يوسف : من ألقى شاة ميتة فجاء آخر فأخذ صوفها وجلدها ودبغه فهو له ، فان جاء صاحبها فله أخذ الصوف والجلد وعليه ما زاد الدباغ كالغاصب . غريب مات فى دار رجل ليس له وارث معروف وخلف مالا وصاحب المنزل فقير فله الانتفاع به بمنزلة اللقطة . قال (ويجوز التقاط الإبل والبقر والغنم وسائر الحيوانات) لأنه مال يتوهم ضياعه فيستحب أخذه ليرده على صاحبه صيانة لأموال الناس ، وما روى أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن ضالة الإبل فقال : « مالك ولها عليها حذاؤها ومعها سقاؤها ترد الماء وترعى الشجر » . وسئل عليه الصلاة والسلام عن ضالة الغنم فقال : « هى لك أو لأخيك أو للذئب » فجوابه أن ذلك كان فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم حين كان الخوف من الافتراس لا من أخذ الناس ؛ أما اليوم كثر الفساد و الخيانة وقلة الأديان والأمانة فكان أخذه أولى . قال (وهو متبرّع فيما أنفق عليها) لعدم ولايته على مالكها إلا أن يأذن له القاضى فيكون دينا على صاحبها لعموم ولايته وفى ذلك نظر للمالك . قال (فان كان لها منفعة آجرها باذن الحاكم وأنفق عليها) لأن فيه بقاء الملك على مالكه من غير أن يلزمه دين فكذلك حكم الآبق (وإن لم يكن لها منفعة باعها إن كان أصلح) وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أمر بذلك وجعلها دينا على مالكها لأن ولايته نظرية . وللقاضى أن يأمره بالنفقة عليها يومين وثلاثة رجاء مجىء صاحبها ، وبعد ذلك يبيعها لئلا تستأصلها النفقة فلا نظر حينئذ فى حقه . قال (فان جاء صاحبها فله حبسها حتى يعطيه النفقة) لأنه استفاد الملك من جهته لأنه صار هالكا معنى وقد أحياه بنفقته فصار كالبائع (فان امتنع بيعت فى النفقة) كالرهن لأن أمر القاضى كأمره ، فصار كأنه أنفق عليها وحبسها بأمره (فإن هلكت بعد الحبس سقطت النفقة) كالرهن (وقبل الحبس لا) لأنها أمانة . قال (وليس فى رد اللقطة والضالة والصبى الحرّ شىء واجب) لأنه متبرع فى الرد فان أعطاه المالك شيئا فحسن ، بخلاف الآبق لأن جعله واجب نصا لا قياسا . وعن الكرخى فى اللقطة : إذا قال من وجدها فله كذا فله أجر مثله لأنها إجارة فاسدة . وعن أبى يوسف :

وَمَنِ ادَّعَى اللُّقَطَةَ يَحتاجُ إلى البَيِّنَةِ ، فانْ أعْطَى علامَتَها جازَ لَهُ أنْ يَدْفَعَها إلَيْهِ وَلا يُجْبَرُ ، وَلُقَطَةُ الحِلِّ وَالحَرَمِ سَوَاءٌ .

كتاب الآبق

أخْذُهُ أفْضَلُ إذَا قَدَرَ عَلَيْهِ ، وكَذَلِكَ الضَّالُّ وَيَدْفَعُهُما إلى السُّلْطَانِ ، وَيُحْبَسُ الآبِقُ دُونَ الضَّالِّ ، وَمَنْ رَدَّ الآبِقَ عَلى مَوْلاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلاثَةِ أيَّامٍ فَصَاعِدًا فَلَهُ عَلَيْهِ أرْبَعُونَ دِرْهَما وَبِحِسابِهِ إنْ نَقَصَتِ المُدَّةُ ،

لو ضاعت اللقطة فوجدها آخر لايكون الأوّل خصما فيها لأنهما سواء فى الالتقاط وليس كالمستودع ، لأن حفظ الوديعة عليه فله أخذها . قال (ومن ادّعى اللقطة يحتاج إلى البينة) لأنها دعوى (فان أعطى علامتها جاز له أن يدفعها إليه ولا يجبر) لجواز أنه عرفها من صاحبها أو رآها عنده ، ولأن حقّ اليد كالملك فلا تستحقّ إلا ببينة كالملك إلا أنه يجوز له الدفع عند العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام « فان جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها (١) فادعها إليه » فحملناه على الإباحة جمعا بينه وبين الحديث المشهور « البينة على المدّعى » ولو صدقه ودفعها إليه بغير قضاء ثم جاء آخر وأقام البينة فله أن يضمن أيهما شاء ، ولا يرجع القابض على الدافع ، وإن دفعها بقضاء فهو مجبور فيرجع على القابض لاغير . قال (ولقطة الحلّ والحرم سواء) لقوله عليه الصلاة والسلام « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرّفها سنة » مطلقا ، ولأنها لقطة ، وفى التصدّق بعد سنة إيصالها إلى مالكها بقدر الوسع على ما تقدّم فيشرع وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام فى الحرم « لاتحلّ لقطته إلا لمنشد » أى لمعرف والتخصيص بالحرم لئلا يتوهم السقوط طمعا أنها للغرباء .

كتاب الآبق

وهو العبد الهارب ، أبق العبد إذا هرب وتأبق إذا استتر ، ويقال : احتبس الآبق إذا هرب واستتر عن مولاه احتبس عنه . قال (أخذه أفضل إذا قدر عليه) لأنه إحياء له وإبقاء له على ملكه (وكذلك الضال) وقيل ترك الضالّ (٢) أولى لأنه يقف مكانه فيجده صاحبه بخلاف الآبق . قال (ويدفعهما إلى السلطان) لعجزه عن حفظهما (ويحبس الآبق دون الضالّ) لأنه يخاف إباق الآبق دون الضالّ . قال (ومن ردّ الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه أربعون درهما وبحسابه إن نقصت المدّة) لما روى عن

(١) قوله عفاصها ، العفاص : بكسر العين : الوعاء . والوكاء بكسر الواو : مايربط به اهـ.
(٢) قوله الضالّ : أى التائه .

فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا فَلَهُ قِيمَتُهُ إِلَّا دِرْهَمًا (س) ، وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرُ كَالْقِنِّ وَالصَّبِيُّ كَالْبَالِغِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُشْهِدَ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ لِيَرُدَّهُ ، وَلَوْ أَبَقَ مِنْ يَدِهِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ، وَإِنْ كَانَ رَهْنًا فَالْجُعْلُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ ، وَإِنْ كَانَ جَانِيًا فَعَلَى مَوْلَاهُ إِنْ فَدَاهُ ، وَعَلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ إِنْ أَعْطَاهُ لَهُ ؛ وَحُكْمُهُ فِي النَّفَقَةِ كَاللُّقَطَةِ .

عمرو بن دينار أنه قال : كان النبيّ عليه الصلاة والسلام يقول « جعل الآبق أربعون درهما » واجتمعت الصحابة على وجوب الجعل لكن اختلفوا فى مقداره ، فمنهم من قال أربعون ومنهم من قال دونها ، فقلنا بوجوب الأربعين فى مسيرة السفر وما دونها فما دون توفيقا بين أقوالهم رضى الله عنهم ، ولأن ذلك حامل على ردّ الآبق وصيانة له عن الضياع إذ الحسبة قليلة ، وقوله فى نقصان المدة بحسابه أنه مفوّض إلى رأى الإمام ، وقيل يقسط لكلّ يوم ثلاثة عشر درهما وثلث فيقدر الرضخ بقدره وقيل باصطلاحهما . قال (فان كانت قيمته أقلّ من أربعين درهما فله قيمته إلا درهما) وقال أبو يوسف : له الجعل كاملا لأنه منصوص عليه . ولهما أنه إنما شرع ذلك لمصلحة المالك فينقص من قيمته درهم لتحصل له الفائدة . قال (وأم الولد والمدبر كالقنّ) لأنهما فى معناه من إحياء الملك (والصبىّ كالبالغ) لأنه مئونة الملك ، ولو ردّه أبوه أو وصيه فلا جعل لهما لأن الحفظ عليهما وهما يتوليان ذلك ، وكذلك أحد الزوجين على الآخر ، وكذلك الابن لأن العادة جرت بالرد من هؤلاء تبرّعا واصطناعا ، ولو ردّ عبد أبيه أو أخيه أو سائر قرابته لاجعل له إن كان فى عياله وإن لم يكن فله الجعل ، ولو قال لغيره : أبق عبدى إن وجدته فخذه فقال نعم فردّه لاجعل عليه ، لأنه وعده بردّه فصار متبرّعا . ردّ أمة ومعها ولدها فله جعل واحد إلا أن يكون مراهقا فيجب ثمانون درهما ، ولو صالح عن الجعل على عشرين درهما جاز ، ولو صالحه على أكثر من أربعين يحط الفضل لأن المستحقّ أربعون فالزيادة ربا . قال (وينبغى أن يشهد أنه يأخذه ليردّه) على ما بينا فى اللقطة من الاختلاف والتعليل . قال (ولو أبق من يده لايلزمه شىء) لأنه أمانة لأنه مأذون له فى أخذه ولا شىء له لأنه ما ردّه على مالكه . قال (وإن كان رهنا فالجعل على المرتهن) لأنه وجب بجناية الرهن وهى فى ضمان المرتهن ولأنه أحيا ماليته وهى حقه ، وإن كان بعضه خاليا عن الدين فعلى المالك بقدره من الجعل كما فى الفداء فى الجناية ، ولأن حقه فى القدر المضمون عليه ، ولو كان بين جماعة فالجعل عليهم بقدر الأنصباء لأنه مئونة الملك (وإن كان جانيا فعلى مولاه إن فداه ، وعلى ولىّ الجناية إن أعطاه له) لأن منفعته لمن يستقرّ الملك له والجعل يتبع المنفعة . قال (وحكمه فى النفقة) فى التبرّع وإذن القاضى وحبسه بها بعد الردّ (كاللقطة) اشترى آبقا فردّه

كتاب المفقود

وَحُكْمُهُ أَنَّهُ حَيٌّ فى حَقِّ نَفْسِهِ وَمَيِّتٌ فى حَقِّ غَيْرِهِ ، وَيُقِيمُ القاضِي مَنْ يَحْفَظُ مالَهُ وَيَسْتَوْفِي غَلاَّتِهِ فِيما لاوَكِيلَ لَهُ فِيهِ ، وَيَبِيعُ مِنْ أَمْوالِهِ مايَخافُ عَلَيْهِ الهَلاكَ ، وَيُنْفِقُ مِنْ مالِهِ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حالَ حُضُورِهِ بِغَيْرِ قَضاءِ ،

لاجعل له لأنه عمل لنفسه ، وإن قال : لم أقدر على ردّه إلا بالشراء وإنما اشتريته لأردّه وأقام البينة على ذلك فله الجعل لأنه أخذه ليردّه وهو متبرّع فى الثمن ، وإذا حبس السلطان الآبق مدّة ولم يجيء له طالب إن شاء باعه وإن شاء أنفق عليه من بيت المال وجعلها دينا على المالك أو فى ثمنه ، ولا يؤاجره خوف الإباق . أما الضالّ يؤاجره ولا يبيعه .

كتاب المفقود

المفقود : المعدوم ، وفقدت الشيء : إذا طلبته فلم تجده ، قال الله تعالى ـ قالوا نفقد صواع الملك ـ أى طلبناه فلم نجده فقد عدم . وفى الشرع : الذى غاب عن أهله وبلده أو أسره العدوّ ولم يدر أحيّ هو أم ميت ، ولا يعلم له مكان ومضى على ذلك زمان فهو معدوم بهذا الاعتبار (وحكمه أنه حيّ فى حقّ نفسه) لاتتزوّج امرأته ولا يقسم ماله ولا تفسخ إجارته ، لأن ملكه كان ثابتا فى ماله وزوجته ومنافع ما استأجره ، وغيبوبته لاتوجب الفرقة والموت محتمل ، فلا يزول الثابت باليقين بالاحتمال . وقال عليه الصلاة والسلام فى امرأة المفقود « هى امرأته حتى يأتيها البيان » رواه المغيرة بن شعبة . وعن علىّ رضى الله عنه : إنها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق . وروى عبد الرحمن بن أبى ليلى أن عمر كان يقول : يفرق بينه وبين امرأته إذا مضت أربع سنين ، ثم رجع إلى قول علىّ . قال (و) هو (ميت فى حقّ غيره) لايرث ممن مات حال غيبته لأن الحكم ببقائه بناء على استصحاب الحال وأنه يصلح للدفع لاللاستحقاق . قال (ويقيم القاضى من يحفظ ماله ويستوفى غلاته فيما لاوكيل له فيه ، ويبيع من أمواله ما يخاف عليه الهلاك) لأن القاضى نصب لمصالح المسلمين نظرا لمن عجز عن التصرّف بنفسه كما قلنا فى الصبىّ والمجنون ، والمفقود عاجز بنفسه فيتصرّف له القاضى والنظر له فيما ذكرنا فيقبض دينا أقرّ به الغريم ولا يخاصم لأنه وكيل فى القبض من جهته وأنه لايملك الخصومة بالإجماع ، لأن القاضى يلى الحفظ دون الخصومة ، ولا يبيع ما لايخاف عليه الهلاك لافى نفقة ولا غيرها إذ لانظر فى ذلك . قال (وينفق من ماله على من تجب عليه نفقته حال حضوره بغير قضاء) كزوجته

فَإنْ مَضَى لَهُ مِنَ العُمُرِ ما لايَعِيشُ أقْرَانُهُ حُكِمَ بِمَوْتِهِ .

كتاب الخنثى

إذَا كانَ لَهُ آلَةُ الرَّجُلِ وَالمَرْأةِ ، فَإنْ بالَ مِنْ أحَدِهِما اعتُبِرَ بِهِ ، فَإنْ بالَ مِنَ الذَّكَرِ فَهُوَ غُلامٌ ، وَإنْ بالَ مِنَ الفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَى ، وَإنْ بالَ مِنْهُما اعتُبِرَ بِأسْبَقِهِما ،

وأولاده وأبويه لأنه إعانة لهم ، وكلّ من لايستحقها بحضرته إلا بقضاء فانه لاينفق عليه كالأخ والأخت ونحوهما لأنه قضاء على الغائب ، والمراد بقوله : من ماله النقدان لأنهما قيمة ما يستحقون من المطعوم والمشروب والملبوس ، ولو كان له من جنس ما يستحقونه دفعه إليهم ، وإن كان ماله دينا أو وديعة ، فان اعترف المديون والمودع بالمال والزوجية والنسب أنفق عليهم منه ، وإن كان ذلك ثابتا عند القاضى فلا حاجة إلى اعترافهم ، وإن ثبت عند القاضى بعض ذلك يشترط اعترافهما بالباقى ، ولو أنفق المديون والمودع عليهم بغير إذن القاضى ضمنا لأنهما ما أوصلا الحقّ إلى مالكه ولا نائبه . قال (فان مضى له من العمر مالايعيش أقرانه حكم بموته) وهو الأقيس على قول أبى حنيفة لاختلاف الأعمار باختلاف الأزمان . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه قدره بمائة وعشرين سنة . وعن أبى يوسف مائة سنة ، وقيل تسعين سنة ، وهو غاية ما تنتهى إليه أعمار أهل زماننا فى الأعمّ الأغلب ، وهو الأرفق لأن فى التفحص عن موت الأقران حرجا ، وباقى مسائل المفقود تأتى فى الفرائض إن شاء الله تعالى .

كتاب الخنثى

وهو مشتقّ من التخنث وهو التكسر ، يقال : اطو الثوب على أخناثه : أى على تكسره ومطاويه ، وسمى الخنثى لأنه تكسر وتنقص حاله عن حال الرجال ، ويفوق على حال النساء حيث كان له آلة الرجال والنساء . وقال عمر النسفى : أو ليس له هذا ولا هذا ويخرج حدثه من دبره أو من سرّته . وذكر فى المنتقى قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا خرج البول من سرّته وليس له قبل ولا ذكر لاأدرى مايقول فى هذا (إذا كان له آلة الرجل والمرأة ، فان بال من أحدهما اعتبر به ، فان بال من الذكر فهو غلام ، وإن بال من الفرج فهو أنثى) لأن ذلك دليل على أن الآلة التى يخرج منها هى الأصل والأخرى عيب وسئل صلى الله عليه وسلم عنه كيف يورث ؟ فقال : « من حيث يبول » ومثله عن علىّ رضى الله عنه وهكذا كان حكمه فى الجاهلية فأقرّه الإسلام . قال (وإن بال منهما اعتبر بأسبقهما)

فَانْ بالَ مِنْهُما مَعا فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلٌ ، وَلا مُعْتَبَرَ بالكَثْرَةِ (سم) ، فاذا بَلَغَ فَظَهَرَتْ لَهُ أَمارَاتُ الرِّجالِ فَهُوَ رَجُلٌ ، وَإِنْ ظَهَرَتْ لَهُ أَمارَاتُ النِّساءِ فَهُوَ امْرأَةٌ ؛ فانْ لَمْ تَظْهَرِ الأَمارَتانِ أَوْ تَعارَضَتا فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلٌ .

فَإِذَا حُكِمَ بِكَوْنِهِ خُنْثَى مُشْكِلاً يُؤْخَذُ فيهِ بالأَحْوَطِ والأَوْثَقِ مِنْ أُمورِ الدِّينِ فَيُوَرَّثُ أَخَسَّ السَّهْمَيْنِ وَيَقِفُ بَيْنَ صَفِّ الرِّجالِ وَالنِّساءِ فِي الصَّلاةِ ، وَإِنْ صَلَّى فِي صَفِّ النِّساءِ أَعادَ ، وَلَوْ صَلَّى فِي صَفِّ الرِّجالِ يُعيدُ مَنْ عَنْ يَمينِهِ وَيَسارِهِ وَمَنْ خَلْفَهُ بِحِذَائِهِ ، وَيُصَلِّى بِقِناعٍ ، وَلا يَلْبَسُ الحُلِيَّ وَالحَريرَ ، وَلا يَخْلُو بِهِ غَيْرُ مَحْرَمٍ رَجُلٌ وَلا امْرأَةٌ ، وَلا يُسافِرُ بِغَيْرِ مَحْرَمٍ ، وَتُبْتاعُ لَهُ أَمَةٌ تَخْتِنُهُ ،

لأنه دلالة على أنه العضو الأصلى (فان بال منهما معا فهو خنثى مشكل ولا معتبر بالكثرة) وقال : يعتبر أكثرهما بولا ، لأن للأكثر حكم الكل ولأنه علامة أخرى على الأصالة والقوة ، وله أن الكثرة تكون لاتساع المخرج ، ولا دلالة فيه على الأصالة فان استويا فى القدر فهو مشكل بالإجماع لعدم المرجح . قال (فاذا بلغ فظهرت له أمارات الرجال فهو رجل) وذلك كاللحية ومجامعة النساء والاحتلام من الذكر لأن هذه علامة تخص الرجال (وإن ظهرت له أمارات النساء فهو امرأة) كالحيض والحبل ونزول الثدى واللبن فيه والجماع فى الفرج لأن هذه علامات تخص النساء . قال (فان لم تظهر الأمارتان أو تعارضتا فهو خنثى مشكل) قال الطحاوى : قال محمد : الإشكال قبل البلوغ فاذا بلغ فلا إشكال . قال النسفى : وليس يخلو إذا بلغ من بعض هذه العلائم .

فصــــل

(فاذا حكم بكونه خنثى مشكلا يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق من أمور الدين) فلا يحكم بما وقع الشك فى ثبوته ، ويرجح المحرم على المبيح (فيورث أخس السهمين) ويعرف بيانه فى الفرائض إن شاء الله تعالى (ويقف بين صف الرجال والنساء فى الصلاة) لأنه إن كان رجلا لايجوز وقوفه فى صف النساء لئلا تفسد صلاته ، ولو كان امرأة لايجوز وقوفها فى صف الرجال لئلا تفسد صلاتهم فيقف بينهما . قال (وإن صلى فى صف النساء أعاد) لجواز أن يكون رجلا (ولو صلى فى صف الرجال يعيد من عن يمينه ويساره ومن خلفه بحذائه) لاحتمال أنه امرأة . قال (ويصلى بقناع) لاحتمال أنه امرأة ، ويجلس كما تجلس المرأة (ولا يلبس الحلى والحرير) لاحتمال أنه رجل (ولا يخلو به غير محرم رجل ولا امرأة ، ولا يسافر بغير محرم) احتياطا . قال (وتبتاع له أمة تختنه) لأنه لايجوز أن يختنه

فاذا خَتَنَتْهُ باعَها ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مالٌ فَمِنْ بَيْتِ المَالِ ، وَإِذَا ماتَ وَلَمْ يَسْتَبِنْ حالُهُ يُمِّمَ ، ثُمَّ يُكَفَّنُ وَيُدْفَنُ كالجارِيَةِ .

كتاب الوقف

وَهُوَ حَبْسُ العَيْنِ عَلَى مِلْكِ الوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بالمَنْفَعَةِ ولا يَلْزَمُ إلاَّ أَنْ يَحْكُمَ بِهِ حاكِمٌ (سم ف) ، أو يَقُولَ : إِذَا مِتُّ فَقَدْ وَقَفْتُهُ ،

رجل ولا امرأة لما بينا ، ويجوز لجاريته النظر إلى فرجه رجلا كان أو امرأة (فاذا ختنته باعها) لاستغنائه عنها (وإن لم يكن له مال فمن بيت المال) لأنه لمصالح المسلمين ، وإذا كان صغيرا لايشتهى جاز ختانه للرجل وللمرأة ، وعن أبي حنيفة أنه يزوّج امرأة ، فان كان رجلا صحّ النكاح وحلّ لها النظر إلى فرج زوجها ، وإن كان امرأة فلا نكاح ، لكن يجوز للمرأة النظر إلى فرج المرأة للضرورة ، ولا يرث الخنثى من مولى أبيه لاحتمال أنه أنثى ولو أوصى لحمل فلانة بألف إن كان ذكرا وبخمسمائة إن كان أنثى فولدت خنثى فله خمسمائة احتياطا إلا أن يتبين غير ذلك . وإن قتله قاتل خطأ وقال إنه أنثى فالقول قوله لإنكاره الزيادة ولا قصاص فى أطرافه أصلا ، ولو ارتدّ لايقتل ولايدخل فى القسامة ولا تقرّر عليه الجزية لو كان كافرا ، ولو أسر لايقتل لاحتمال أنه أنثى ولا يحدّ قاذفه لأنه إن كان رجلا فهو كالمجبوب ، وإن كان امرأة فهى كالرتقاء ، ولا يحدّ قاذفهما لأن الحدّ لنفى التهمة وهى منتفية عنهما ، ولو قال لامرأته : إن كان أوّل ولد تلدينه غلاما فامرأته طالق أو فعبده حرّ فولدت خنثى لايحنث مالم يستبن أمره . ولو قال : كل عبد له حرّ ، أو كل أمة له حرّة لايعتق الخنثى حتى يستبين أمره ، ولو بان أحد الأمرين عتق للتيقن (وإذا مات ولم يستبن حاله يمم ثم يكفن) لأنه لايجوز غسله للرجال ولا للنساء احتياطا فقد تعذّر غسله فييمم ، وإذا اجتمعت الجنائز جعلت جنازته بين جنازة الرجل والمرأة لما مر فى الصلاة فى حياته (ويدفن كالجارية) احتياطا .

كتاب الوقف

الوقف فى اللغة : الحبس ، يقال : وقفت الدابة إذا حبستها على مكانها ، ومنه الموقف لأن الناس يوقفون فيه : أى يحبسون للحساب . وفى الشرع : حبس شىء معلوم بصفة معلومة على ما نبينه إن شاء الله تعالى (وهو حبس العين على ملك الواقف والتصدّق بالمنفعة ، ولا يلزم إلا أن يحكم به حاكم ، أو يقول : إذا متّ فقد وقفته) وأجمعت الأمة على جواز أصل الوقف ، لما روى أنه عليه الصلاة والسلام تصدّق بسبع حوائط

. . . .

فى المدينة ، وكذلك الصحابة وقفوا ، والخليل صلوات الله عليه وقف وقوفا هى باقية جارية إلى يومنا. وإنما اختلفوا فى كيفية جوازه ، قال أبوحنيفة وزفر : شرط جوازه أن يكون موصى به ، أو يقول : إذا متّ فقد وقفته حتّى لولم يوص به لايصحّ ويبقى على ملكه يجوز بيعه ويورث عنه إلا أن يجيزه الورثة فيصير جائزا ويتأبد ، ولو قضى القاضى بلزومه لزم ونفذ لأنه قضاء فى مجتهد ولم يكن لغيره إبطاله . وقال أبو يوسف ومحمد : لايشترط لجوازه شىء من ذلك ، وهذا بناء على أن الوقف عنده حبس العين على ملكه عملا بمقتضى قوله وقفت والتصدّق بثمرته وغلته المعدومة على المساكين ، ولا يصحّ التصدّق بالمعدوم إلا بالوصية ، وعندهما هو إزالة العين عن ملكه إلى الله تعالى وجعله محبوسا على حكم ملك الله تعالى على وجه يصل نفعه إلى عباده ، فوجب أن يخرج عن ملكه ويخلص لله تعالى ويصير محرّرا عن التمليك ليستديم نفعه ويستمرّ وقفه للعباد . لهما أن الحاجة ماسة إلى لزوم الوقف ليصل ثوابه إليه على الدوام، وأنه ممكن باسقاط ملكه وجعله لله تعالى كالمسجد فيجعل كذلك . قال النسفى : وكان أبو يوسف يقول بقول أبى حنيفة حتّى دخل بغداد فسمع حديث عمر فرجع عنه وقال : لو بلغ هذا أبا حنيفة لرجع إليه ، وهو ما رواه محمد بن الحسن عن صخر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر « أن عمر رضى الله عنه كان له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا ، فقال عمر : يا رسول الله إنى استفدت مالا نفيسا أفأتصدّق به ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تصدّق بأصله لايباع ولا يوهب ولا يورث ، ولكن تنفق ثمرته على المساكين ، فتصدّق به عمر رضى الله عنه فى سبيل الله وفى الرقاب والمساكين وابن السبيل وذوى القربى » ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يوكل صديقا له غير متأثل . ولأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لاحبس عن فرائض الله » وعن شريح جاء محمد ببيع الحبيس . وعن عبد الله بن زيد « أنه تصدّق بضيعة له ، فشكاه أبوه إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم ، فقال له : ارجع فى صدقتك » ولأن شرائط الواقف تراعى فيه ، ولو زال عن ملكه لم تراع كالمسجد ، ولأنه يحتاج إلى التصدّق بالغلة دائما ، ولا ذلك إلا ببقاء العين على ملكه ، ثم عند محمد لصحة الوقف أربعة شرائط : التسليم إلى المتولى ، وأن يكون مفرزا ، وألا يشترط لنفسه شيئا من منافع الوقف ، وأن يكون مؤبدا بأن يجعل آخره للفقراء . لما روى عن عمر وابن عباس ومعاذ رضى الله عنهم أنهم قالوا : لاتجوز الصدقة إلا محوزة مقبوضة ، ولأن التمليك حقيقة من الله لايتصوّر لأنه مالك الأشياء ، وإنما يثبت ذلك ضمنا للتسليم إلى العبد كالزكاة ، ولأنه متى كان له شىء من منافع الوقف لم يخلص لله تعالى . وقال أبو يوسف : شىء من ذلك ليس بشرط لأنه إسقاط وصار كالإعتاق ، وأخذ مشايخ خراسان بقول أبى يوسف ترغيبا

وَلا يَجُوزُ وَقْفُ المُشاعِ (س) ، وَإِنْ حُكِمَ بِهِ جازَ ، وَلا يَجُوزُ حَتَّى يَجْعَلَ آخِرَهُ لِجِهَةٍ لاتَنْقَطِعُ (س) أَبَدًا ، وَيَجُوزُ وَقْفُ العَقارِ ، وَلا يَجُوزُ وَقْفُ المَنْقُولِ (س) ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ جَوَازُ وَقْفِ ماجَرَى فِيهِ التَّعامُلُ كالْفأسِ وَالقَدُومِ وَالمِنْشارِ وَالقِدُورِ وَالجِنازَةِ وَالمَصاحِفِ وَالكُتُبِ ،

للناس فى الوقف . قال الخصاف : ذكر الوقف ذكر التأبيد عند أبى يوسف . وعند محمد لابد من ذكره . قال القاضى أبو عاصم : قول أبى يوسف أقوى لمقاربة بين الوقف والملك إذ فى كلّ واحد منهما معنى التمليك وقول محمد أقرب إلى موافقة الآثار ، وبه أخذ مشايخ بخارى . قال (ولا يجوز وقف المشاع) عند محمد لما ذكرنا من الأثر ولأن القبض عنده شرط ، ويجوز عند أبى يوسف لأن القسمة من تمام القبض وليس بشرط عنده (وإن حكم به جاز) بالإجماع لما مرّ ، وإن طلب الشريك القسمة يقسم لأنها إفرازوإن كان فيها معنى المبادلة ، إلا أنا غلبنا جهة الإفراز نظرا للوقف ، فان كان الشريك غير الواقف يقاسمه ، لأن الولاية له ، وإن كان هو يقاسمه القاضى لئلا يتولى الطرفين ، ولا يجوز أخذ الدراهم للوقف لأنه يصير بيعا للوقف ، ويجوز أن يعطيه دراهم من الوقف لأنه يصير مشتريا للوقف وما لايحتمل القسمة يجوز مع الشيوع عند محمد اعتبارا بالصدقة والهبة ، ولا يجوز الشيوع فى المسجد والمقبرة بالإجماع ، لأن الشركة تنافى الخلوص لله تعالى والتهايؤ فيها قبيح بأن يصلى فيه يوما ويسكن يوما ويدفن فيه شهرا ويزرع شهرا ، بخلاف غيرهما من الوقوف لأن الاستغلال ممكن غير مستبشع . قال (ولا يجوز حتى يجعل آخره لجهة لاتنقطع أبدا) وقال أبو يوسف : يجوز لأن المقصود التقرّب إلى الله تعالى وأنه يحصل بجهة تنقطع . ولهما أن موجبه زوال الملك بدون التمليك وذلك بالتأبيد كالعتق فاذا لم يتأبد لم يتوفر عليه موجبه ولهذا يبطله التوقيت كما يبطل البيع . ثم قيل التأبيد شرط بالإجماع إلا أن محمدا اشترط ذكره لأنها صدقة بالمنفعة أو بالغلة ، وقد يكون مؤقتا ويكون مؤبدا كما فى الوصية ، ولا يتعين التأبيد إلا بالتنصيص . وعند أبى يوسف لايحتاج إلى ذكره ، لأن ذكر الوقف ينبئ عنه كما ذكره الخصاف . قال (ويجوز وقف العقار) لما مرّ من النصوص والآثار (ولا يجوز وقف المنقول) وقال أبويوسف : إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز للتبعية وكذلك وقف الدولاب ومعه سانيته وعليها حبل ودلو . ولو وقف بيتا فيه كوارة عسل جاز وصار النحل تابعا للعسل . ولو وقف دارا فيها حمام صار الحمام تبعا له ، وهذا لأن من الأحكام ما يثبت تبعا ولا يثبت مقصودا كالشرب فى بيع الأرض والبناء فى الشفعة (وعن محمد جواز وقف ماجرى فيه التعامل كالفأس والقدوم (١) والمنشار والقدور والجنازة والمصاحف والكتب)

---

(١) القدوم بالتخفيف .

بخلافِ ما لاتَعامُلَ فيهِ ، والفَتْوَى على قولِ مُحمَّدٍ ، ويَجوزُ حبْسُ الكُرَاعِ والسِّلاحِ ، ولا يَجُوزُ بيْعُ الوَقْفِ ولا تمْليكُهُ ، ويَبْدأُ مِنَ ارْتِفاعِ الوَقْفِ بِعِمارَتِهِ وإنْ لَمْ يَشْرِطْها الواقِفُ ، فإنْ كانَ الوَقْفُ على غَنِيٍّ عَمَّرَهُ مِنْ مالِهِ ، وإنْ كانَ على فُقَرَاءَ فَلا تُقَدَّرُ عَلَيْهِمْ ، فانْ أبى أوْ كانَ فَقيرًا آجَرَها القاضِي وعَمَّرَها بأُجْرَتِها ثُمَّ رَدَّها إلى مَنْ لَهُ السُّكْنَى ، وما انْهَدَمَ مِنْ بِناءِ الوَقْفِ وآلَتِهِ صُرِفَ فى عِمارَتِهِ ،

لوجود التعامل فى هذه الأشياء وبالتعامل يترك القياس كما فى الاستصناع . قال عليه الصلاة والسلام « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » (بخلاف ما لاتعامل فيه) كالثياب والأمتعة ، لأن من شرط الوقف التأبيد كما بينا تركناه فى السلاح والكراع بالنصّ ، وفيما جرى فيه التعامل بالتعامل فبقى ما وراءه على الأصل (والفتوى على قول محمد) لحاجة الناس وتعاملهم بذلك . قال (ويجوز حبس الكراع والسلاح) أى وقفه فى سبيل الله ، لأن خالد بن الوليد وقف دروعا فى سبيل الله وأجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم وجعل رجل ناقته فى سبيل الله فأراد آخر أن يحج عليها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال الحجّ من سبيل الله ، وطلحة حبس سلاحه وكراعه فى سبيل الله : أى خيله ، والإبل كالخيل لأن العرب تقاتل عليها وتحمل عليها السلاح . قال (ولا يجوز بيع الوقف ولا تمليكه) لما مرّ من حديث عمر رضى الله عنه ، ولأنه يبطل التأبيد والمقصود من الوقف التأبيد . قال (ويبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته وإن لم يشرطها الواقف) تحصيلا لمقصوده ، فانه قصده وصول الثواب إليه بوصول المنفعة أو الغلة إلى الموقوف عليه على الدوام وذلك ببقاء أصله وإنه بالعمارة فكانت العمارة شرطا لمقتضى الوقف (فان كان الوقف على غنى عمره من ماله) ليكون الغنم بالغرم لأنه معين يمكن مطالبته (وإن كان على فقراء فلا تقدر عليهم) وغلة الوقف أقرب أموالهم فيجب فيها ، وإن وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمان كنفقة العبد الموصى بخدمته (فإن أبى أو كان فقيرا آجرها القاضى وعمرها بأجرتها ثم ردّها إلى من له السكنى) رعاية للحقين لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا فيفوت حقهم فى السكنى وحقّ الواقف فى الثواب ، ولا يكره الممتنع عن العمارة لأنه يتلف مال نفسه ، ولا يكون بامتناعه راضيا ببطلان حقه لأنه فى حيز التعارض ثم المستحقّ من العمارة بقدر مايبقى الموقوف على ما كان عليه ، وكذلك لوخرب يبنى كما كان ، لأن بتلك الصفة كانت غلته مصروفة إلى الموقوف عليه فلا حاجة فيه إلى الزيادة ، ومن له السكنى لايجوز إجارته لعدم مالكيته . قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرف فى عمارته) مثل الآجر والخشب والقار والأحجار ليبقى

فانْ استُغْنِيَ عَنْهُ حُبِسَ لِوَقْتِ حاجَتِهِ ، وَإنْ تَعَذَّرَ إعادَةُ عَيْنِهِ بِيعَ ، وَيُصْرَفُ الثَّمَنُ إلى عِمارَتِهِ ، وَلا يَقْسِمُهُ بَيْنَ مُسْتَحِقِّي الوَقْفِ ؛ وَيَجُوزُ أنْ يَجْعَلَ الواقِفُ غَلَّةَ الوَقْفِ أوْ بَعْضَها لَهُ وَالوِلايَةَ إلَيْهِ ، فانْ كانَ غَيْرَ مأمُونٍ نَزَعَهُ القاضِي مِنْهُ وَوَلَّى غَيْرَهُ ؛ وَمَنْ بَنَى مَسْجِداً لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ حَتَّى يُفْرِزَهُ عَنْ مِلْكِهِ بِطَرِيقِهِ وَيَأذَنَ بالصَّلاةِ فِيهِ (س).

على التأبيد (فإن استغنى عنه حبس لوقت حاجته) فيصرف فيها لأنه لابد من العمارة فيحبسه كيلا يتعذّر عليه وقت الحاجة (وإن تعذّر إعادة عينه بيع ويصرف الثمن إلى عمارته) صرفا له إلى مصرف الأصل (ولا يقسمه بين مستحقّ الوقف) لأنّ العين حقّ الله تعالى وهذا منها فلا يصرف إليهم غير حقهم . قال (ويجوز أن يجعل الواقف غلة الوقف أو بعضها له والولاية إليه) وقد مرّ وجهه والاختلاف فيه (فإن كان غير مأمون نزعه القاضى منه وولى غيره) نظرا للفقراء كإخراج الوصىّ نظرا للصغير ، وإن شرط أن ليس للقاضى عزله فالشرط باطل لمخالفته حكم الشرع ، وإن مات القيم فى حياة الواقف نصب غيره لأن الولاية له ووصيه بمنزلته ، لأن ولايته للوقف نظرية وهى فيما ذكرنا فإن كان لم يوص إلى أحد فالرأى للقاضى ، ولا يجعل القيم من الأجانب ما دام يجد من أهل بيت الواقف من يصلح لذلك إما لأنه أشفق أو لأن من قصد الواقف نسبة الوقف إليه وذلك فيما ذكرنا ، فان لم يجد فمن الأجانب من يصلح ، فان أقام أجنبيا ثم صار من ولده من يصلح صرفه إليه كما فى حقيقة الملك . أرباب الوقف المعدودون إذا نصبوا متوليا بدون رأى القاضى صحّ إذا كانوا من أهل الصلاح كما إذا اجتمع أهل مسجد على نصب متولّ جاز لأن الحقّ لهم . قال (ومن بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه) لأنه لم يخلص لله تعالى إلا به . قال (ويأذن بالصلاة فيه) عند أبى حنيفة ومحمد لأنه تسليم وهو شرط عندهما، وعند أبى يوسف يصير مسجدا بمجرّد قوله جعلته مسجدا ، لأن التسليم ليس بشرط كالإعتاق والفرق لهما أن العبد فى يد نفسه ولا كذلك المسجد ، والتسليم أن يصلى فيه جماعة فى رواية الحسن ، لأن المساجد بنيت للجماعة ، ولو صلى فيه واحد أو جماعة وحدانا فى رواية لايصحّ ، وهو قول محمد لما بينا ، وفى رواية يصحّ لأنه من خصائص المساجد وبها يتحرّر عن حقوق العباد ، قال الله تعالى ـ وأن المساجد لله ـ أضافها إلى نفسه إضافة اختصاص كالكعبة ، ولهذا لايصحّ فيه شرط الخيار ولا تعيينه الإمام ولا من يصلى فيه ، بخلاف غير المساجد حيث بقى مملوكا ينتفع به كسائر المملوكات سكنى وزراعة حتى لولم يخلص المسجد لله تعالى بأن كان تحته سرداب أو فوقه بيت ، أو جعل وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول والصلاة فيه لايصير مسجدا ويورث عنه ، إلا إذا كان السرداب أو العلو لمصالح

وَمَنْ بَنَى سِقَايَةً لِلْمُسْلِمِينَ أَوْ خَانًا لِأَبْنَاءِ السَّبِيلِ أَوْ رِبَاطًا أَوْ حَوْضًا أَوْ حَفَرَ بِئْرًا أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبُرَةً أَوْ طَرِيقًا لِلنَّاسِ لَا يَلْزَمُ مَا لَمْ يَحْكُمْ بِهِ حَاكِمٌ أَوْ يُعَلِّقْهُ بِمَوْتِهِ ، وَالْوَقْفُ فِى الْمَرَضِ وَصِيَّةٌ . رِبَاطٌ اسْتُغْنِيَ عَنْهُ يُصْرَفُ وَقْفُهُ إِلَى أَقْرَبِ رِبَاطٍ إِلَيْهِ ، وَلَوْ ضَاقَ الْمَسْجِدُ وَبِجَنْبِهِ طَرِيقُ الْعَامَّةِ يُوَسَّعُ مِنْهُ الْمَسْجِدُ ، وَلَوْ ضَاقَ الطَّرِيقُ وُسِّعَ مِنَ الْمَسْجِدِ .

المسجد أو كانا وقفا عليه ، وعن محمد أنه لما دخل الرىّ أجاز ذلك بكلّ حال لضيق المنازل . وعن أبى يوسف مثله لما دخل بغداد ؛ ولو خرب ما حول المسجد وتفرّق الناس عنه يعود ملكا ويورث عنه عند محمد خلافا لأبى يوسف . وذكر بعضهم قول أبى حنيفة مع أبى يوسف وبعضهم مع محمد . قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا لأبناء السبيل أو رباطا أو حوضا أو حفر بئرا أو جعل أرضه مقبرة أو طريقا للناس) فعند أبى حنيفة (لايلزم ما لم يحكم به حاكم أو يعلقه بموته) على ما تقدّم من أصله ، لأنه لم ينقطع حقه عنه حتى جاز له أن يستقى ويسكن ويدفن ويشرب من الحوض ، بخلاف المسجد لأنه لم يبق له فيه حقّ . وعند أبى يوسف يلزم بالقول لما تقدّم إذ التسليم ليس بمشروط . وعند محمد يشترط التسليم ، وهو الاستقاء من السقاية والبئر والدفن فى المقبرة والنزول فى الخان والرباط والشرب من الحوض ويكتفى فيه بفعل الواحد لتعذّر الجنس ، ولو نصب له متول وسلمه إليه جاز لأنه نائب عن الموقوف عليهم ، وكذلك إن سلم المسجد إلى متول يقوم بمصالحه يجوز ، وإن لم يصلّ فيه هو الصحيح ، وكذا إن سلمه إلى القاضى أو نائبه ، ويستوى فى ذلك الفقراء والأغنياء عرفا لحاجة الكل إلى ذلك . قال (والوقف فى المرض وصية) لأنه تبرّع فصار كسائر التبرّعات . قال (رباط استغنى عنه يصرف وقفه إلى أقرب رباط إليه) لأنه أصلح. رباط على بابه قنطرة ولا ينتفع بالرباط إلا بالعبور عليها وليس لها وقف يجوز أن تعمر بما فضل من وقف الرباط لأنها مصلحة العامة (ولو ضاق المسجد وبجنبه طريق العامة يوسع منه المسجد) لأن كليهما للمسلمين نصّ عليه محمد (ولو ضاق الطريق وسع من المسجد) عملا بالأصلح ، ويجوز القضاء بالشهادة القائمة على الوقف من غير دعوى لأنه من حقوق الله تعالى فلا تحتاج إلى مدع وهو مجتهد فيه فينفذ بالإجماع .

فصل

وقف على الفقراء وله بنت فقيرة صغيرة إن وقف فى صحته يجوز الصرف إليها وفى مرضه لا لأنه بمنزلة الهبة . اشترى القيم ثوبا وأعطى المساكين لايجوز ، لأن حقهم فى الدراهم . إذا غرس القيم فى المسجد فهو للمسجد كالبناء ، وإن غرس على نهر العامة

. . . .

فهو له ، وله أن يرفعه لأنه ليس له ولاية على العامة ؛ ولا يجوز الوقف على الأغنياء وحدهم لأنه ليس بقربة ولا يستجلب الثواب وصار كالصدقة ، ولو وقف على الأغنياء وهم يحصون ثم من بعدهم على الفقراء جاز ، ويكون كما شرط لأنه قربة فى الجملة بأن انقرض الأغنياء . ولو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على الفقراء يدخل فقراء قرابته وأولاده ، وصرف الغلة إليهم أولى من صرفها إلى الأجانب لأنه صدقة وصلة ، ثم الصرف إلى ولده أفضل لأن الصلة فى حقه أوجب وأجزل ، ثم إلى قرابته ، ثم إلى مواليه ، ثم إلى جيرانه ثم إلى أهل مصره أقربهم منزلا إلى الواقف ، هكذا ذكره هلال بن يحيى الرازى : وينبغى أن يعطى الكلّ فى بعض الأوقات ، لأنه إذا صرف الكل إليهم دائما وقدم العهد ربما اتخذوه ملكا لأنفسهم ، ويكره أن يعطى كل فقير مائتى درهم لأنها صدقة فأشبهت الزكاة ، ولا يكره ذلك إذا قال على فقراء قرابته لأنه كالوصية : وإذا وقف على ولده وولد ولده يدخل فيه ولد صلبه وولد ولده الموجودين يوم الوقف وبعده ، ويشترك البطنان فى الغلة ، ولا يدخل من كان أسفل من هذين البطنين لأنه خصهما بالذكر ؛ وفى دخول أولاد البنات روايتان تذكر فى الوصايا إن شاء الله تعالى . ولو قال على ولدى وولد ولدى ؛ وأولادهم تدخل البطون كلها وإن سفلوا ، الأقرب والأبعد فيه سواء لأنه ذكر أولادهم على العموم ، ولو قال على أولادى يدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد ، ولكن يقدم البطن الأول فإذا انقرض فالثانى ، ثم من بعدهم يشترك جميع البطون فيه على السواء قريبهم وبعيدهم ، لأن المراد صلة أولاده وبرّهم ، والإنسان يقصد صلة ولده لصلبه لأن خدمته إياه أكثر وهم إليه أقرب فكان عليه استحقاقه أرجح ، ثم النافلة قد يخدمون الجد فكان قصد صلتهم أكثر ، ومن عدا هذين قلّ مايدرك الرجل خدمتهم فيكون قصده برّهم وصلتهم لنسبتهم إليه لا لخدمتهم له ، وهم فى النسبة إليه سواء فاستووا فى غلة الاستحقاق . وقف على فقراء قرابته فمن أثبت القرابة والفقر بالبينة يستحقّ وإلا فلا ، والبينة على القرابة إن لم يفسروها لا تقبل الشهادة لتنوع القرابة واختلافها ، كما إذا شهدوا أنه وارث لاتقبل مالم يفسروا جهة الإرث ، والبينة على الفقر لا تسمع ما لم يقل الشهود : إنه فقير معدم لا نعلم له مالا ولا أحدا تلزمه نفقته ، لأن كل من له نفقة على غيره بغير قضاء لا حظ له فى هذا الوقف كالولد الصغير ونحوه لأنهم يأخذون النفقة فيصيرون بها أغنياء ، ومن لا يستحق النفقة إلا بقضاء كالإخوة ونحوهم له حظ فى هذا الوقف ، والقضاء بفقره فى الوقف لايكون قضاء بفقره فى حق الدين ، والقضاء لفقره فى حق الدين قضاء بفقره فى حق الوقف ، لأن من له مسكن وخادم وعروض الكفاية فقير فى حقّ الوقف دون الدين ، ولو قال على أقرب قرابتى فبنت

بنت البنت أولى من الأخت لأبوين لأنها من صلبه والأخت من صلب أبيه ولايعتبر الإرث.

فصــــل

لاتجوز إجارة الوقف أكثر من المدّة التى شرطها الواقف ، لأنه يجب اعتبار شرط الواقف لأنه ملكه أخرجه بشرط معلوم ولا يخرج إلا بشرطه ، فان لم يشرط مدّة فالمتقدمون من أصحابنا قالوا : يجوز إجارته أىّ مدة كانت ، والمتأخرون قالوا : لايجوز أكثر من سنة لئلا يتخذ ملكا بطول المدة فتندرس سمة الوقفية ويتسم بسمة الملكية لكثرة الظلمة فى زماننا وتغلبهم واستحلالهم ، وقيل يجوز فى الضياع ثلاث سنين وفى غير الضياع سنة وهو المختار ، لأنه لايرغب فى الضياع أقلّ من ذلك ، ولا تجوز إجارته إلا بأجر المثل دفعا للضرر عن الفقراء ، فلو آجره ثلاث سنين بأجرة المثل ثم ازدادت لكثرة الرغبات لاتنقض الإجارة ، لأن المعتبر أجر المثل يوم العقد ، وليس للموقوف عليه إجارة الوقف إلا أن يكون وليا من جهة الواقف أو نائبا عن القاضى ، وإذا آجره القاضى أو نائبه أو الولىّ لاتنفسخ الإجارة بموته ، لأنه كالوكيل عن الموقوف عليهم ، والعقود لاتنفسخ بموت الوكيل ، ولو سكنه الموقوف عليه إن شرط الواقف السكنى له فله ذلك ، وإن شرط الغلة له ، قيل ليس له ذلك ، وقيل له لأن له أن يسكنها غيره بالإجارة فهو أولى ، والأحوط أن يؤجرها القيم من غيره ويعطيه الأجرة ، ولا يجوز إعارة الوقف وإسكانه لأن فيه إبطال حقّ الفقراء ؛ ولا يصحّ رهنه فان سكنه المرتهن يجب عليه أجر مثله ، وكذا لو باع المتولى منزلا موقوفا فسكنه المشترى ، ثم فسخ البيع فعلى المشترى أجر مثله والفتوى فى غصب عقار الوقف وإتلاف منافعه وجوب الضمان نظرا للوقف وهو المختار ، ولواستدان القيم للخراج والجنايات إن أمره الواقف بذلك جاز ، وإن لم يأمره فالأصحّ أنه إن لم يكن له بدّ من ذلك يرفع الأمر إلى القاضى حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع فى الغلة قيم اشترى من غلة المسجد حانوتا للمسجد يجوز بيعه عند الحاجة لأنه من غلة الوقف وليس بوقف ، لأن صحة الوقف تعتمد الشرائط ولم توجد فيه . رجل وقف على ساكنى مدرسة كذا من طلبة العلم فسكنها متعلم لايبيت فيها جاز له ذلك إن كان يأوى فى بيت من بيوتها ، وله فيه آلة السكنى لأنه يعدّ ساكنا فيه ، ولو اشتغل بالليل بالحراسة وبالنهار يقصر فى التعليم ، فان كان مشتغلا بعمل آخر لايعدّ به من طلبة العلم لايحلّ له ذلك ، وإن لم يشتغل وهو يعدّ من طلبة العلم حلّ ؛ ولو وقف على ساكنى مدرسة كذا ولم يقل من طلبة العلم فهو والأوّل سواء لأن التعارف فى ذلك إنما هو طلبة العلم دون غيرهم ، ومن كان يكتب الفقه لنفسه ولا يتعلم فله الوظيفة

كتاب الهبة

وَتَصِحُّ بالإيجابِ وَالقَبُولِ وَالقَبْضِ ، فإنْ قَبَضَهَا فى المَجْلِسِ بِغَيْرِ إذْنِهِ جازَ ، وَبَعْدَ الافْتِرَاقِ يَفْتَقِرُ إلى إذْنِهِ ،

لأنه متعلم ، وإن كتب لغيره بأجرة لايحلّ له ، وإن خرج من المصر مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا لاوظيفة له لأنه لم يبق ساكنا ، وإن خرج ما دون ذلك إلى بعض القرى وأقام خمسة عشر يوما فلا وظيفة له ، فان أقام أقلّ من ذلك فإن كان لابدّ له منه كطلب القوت ونحوه فله الوظيفة ، وإن خرج للتنزّه لايحلّ له .

كتاب الهبة

وهى العطية الخالية عن تقدّم الاستحقاق ، يقال : وهبته ووهبت منه ، قال تعالى - يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور - والاتهاب : قبول الهبة ، ولهذا شرط فيها القبض ، لأن تمام الإعطاء بالدفع والتسليم ، وهو أمر مندوب وصنيع محمود محبوب ، قال عليه الصلاة والسلام « تهادوا تحابوا » وفى رواية « تهابوا » وقبولها سنة ، فانه صلى الله عليه وسلم قبل هدية العبد ، وقال فىحديث بريرة « هو لها صدقة ولنا هدية » وقال عليه الصلاة والسلام « ولو أهدى إلىّ طعام لقبلت ، ولو دعيت إلى كراع لأجبت » وإليها الإشارة بقوله تعالى - فان طبن لكم عن شىء منه نفسا - أى طابت نفوسهن بشىء من ذلك فوهبنه منكم - فكلوه هنيئا مريئا - وهى نوعان : تمليك ، وإسقاط ، وعليها الإجماع .

قال (وتصحّ بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد تمليك ولا بدّ فيه منهما . وأما القبض فلأن الملك لو ثبت بدونه للزم المتبرّع شىء لم يلتزمه وهو التسلم بخلاف الوصية ، لأنه لاإلزام للميت لعدم الأهلية ولا للوارث لعدم الملك ، ولأن الملك بالتبرّع ضعيف لايلزم ، وملك الواهب كان قويا فلا يلزم بالسبب الضعيف ، وقد روى عن جماعة من الصحابة مرفوعا وموقوفا « لاتجوز الهبة والصدقة إلا مقبوضة محوزة » والمراد الملك لأن الجواز ثابت بدونه إجماعا . قال (فان قبضها فى المجلس بغير إذنه جاز ، وبعد الافتراق يفتقر إلى إذنه) والقياس أن لايجوز فى الوجهين إلا باذنه لأنه تصرّف فى ملك الواهب لبقاء ملكه قبل القبض . وجه الاستحسان أن التمليك بالهبة تسليط على القبض وإذن له فصارَ الموهوب له مأذونا فى القبض ضمنا للإيجاب واقتضاء ، والإيجاب يقتصر على المجلس فكذا ما ثبت ضمنا له وكذلك الصدقة ، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض فى المجلس ، لأن الثابت ضمنا لايعارض الصريح . أو نقول النهى رجوع والقبض كالقبول وأنه يملك الرجوع

وَإِنْ كانَتْ فى يَدِهِ مَلَكَهَا بِمُجَرَّدِ الهِبَةِ ، وَهِبَةُ الأَبِ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ تَتِمّ بِمُجَرَّدِ العَقْدِ ، وَيَمْلِكُ الصَّغِيرُ الهِبَةَ بِقَبْضِ وَلِيِّهِ وأُمِّهِ وَبِقَبْضِهِ بِنَفْسِهِ. وَتَنْعَقِدُ الهِبَةُ بِقَوْلِهِ : وَهَبْتُ وَنَحَلْتُ وأَعْطَيْتُ وأَطْعَمْتُكَ هَذَا الطَّعَامَ وأَعْمَرْتُكَ ، وحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إذَا نَوَى الهِبَةَ ، وكَسَوْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ ، وَهِبَةُ المُشَاعِ فِيمَا لايُقْسَمُ جائِزَةٌ

قبل القبض . قال (وإن كانت فى يده) كالمودع والمستعير والمستأجر والغاصب (ملكها بمجرّد الهبة) لأنه إن كان قبضها أمانة فينوب عن الهبة ، وإن كان ضمانا فهو أقوى من قبض الهبة ، والأقوى ينوب عن الأدنى ، ولو وهب من رجل ثوبا فقال قبضته صار قابضا عند أبى حنيفة ، وجعل تمكنه من القبض كالتخلية فى البيع . وقال أبو يوسف : لابدّ من القبض بيده ، ولو قبض الموهوب له الهبة ولم يقل قبلت صحت الهبة . قال (وهبة الأب لابنه الصغير تمّ بمجرّد العقد) لأنها فى يد الأب وهو الذى يقبض له فكان قبضه كقبضه ، وكل من يعوله فى هذا كالأب ، ولو وهب لابنه الكبير وهو فى عياله فلا بدّ من قبضه ، لأنه لاولاية له عليه فلا يقبض له . قال (ويملك الصغير الهبة بقبض وليه وأمه وبقبضه بنفسه) معناه : إذا وهبه أجنبىّ فالولىّ كالأب ووصيه والجد ووصيه لقيامهم مقام الأب ؛ وكذا إذا كان فى حجر أجنبىّ يربيه كاللقيط وقد بيناه ، والأم لها ولاية حفظه ، وهذا منه لأنه لابقاء له بدون المال فاحتاجت إلى ولاية التحصيل وهذا منه . وأما قبضه بنفسه فمعناه إذا كان عاقلا لأنه تصرّف نافع وهو من أهله ، ويجوز قبض الزوج لزوجته الصغيرة بعد ما زفت إليه ، لأن الأب فوّض أمرها إليه وذلك بعد الزفاف لاقبله حتى يملكه بحضرة الأب . قال (وتنعقد الهبة بقوله : وهبت) لأنه صريح فيه (ونحلت) لكثرة استعمالها فيه ، قال عليه الصلاة والسلام « أكلّ ولدك نحلته هكذا » (وأعطيت) صريح أيضا (وأطعمتك هذا الطعام) لأن الإطعام صريح فى الهبة إذا أضيف إلى المطعوم لأنه لايطعمه إلا بالأكل ولا أكل إلا بالملك ، ولو قال : أطعمتك هذه الأرض فهو عارية لأنها لاتطعم (وأعمرتك) هذا الشىء وجعلت هذه الدار لك عمرى ، قال عليه الصلاة والسلام « من أعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده » (وحملتك على هذه الدابة إذا نوى الهبة) لأن المراد به الإركاب حقيقة ويستعمل فى الهبة ، يقال : حمل الأمير فلانا على فرس : أى وهبه فيحمل عليه عقد الهبة (وكسوتك هذا الثوب) قال تعالى ـ أو كسوتهم ـ أراد تمليكهم الكسوة ، ويقال : كساه ثوبا إذا وهبه ، ولو قال : منحتك هذه الدار أو هذه الجارية فهى عارية إلا أن ينوى الهبة ، ولو قال ذلك فيما لايمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة كالدراهم والدنانير والمطعوم والمشروب . قال (وهبة المشاع فيما لايقسم جائزة ،

وَفِيما يُقْسِمُ لاَ تَجُوزُ (ف) ، فإنْ قَسَمَ وَسَلَّمَ جازَ كَسَهْمٍ فى دَارٍ ، وَاللَّبَنِ فى الضَّرْعِ ، وَالصُّوفِ عَلى الظَّهْرِ ، وَالتَّمْرِ عَلى النَّخْلِ ، وَالزَّرْعِ فى الأَرْضِ ، وَلَوْ وَهَبَهُ دَقِيقاً فى حِنْطَةٍ ، أَوْ سَمْناً فى لَبَنٍ ، أَوْ دُهْناً فى سِمْسِمٍ فاسْتَخْرَجَهُ وَسَلَّمَهُ لاَ يَجُوزُ ، وَلَوْ وَهَبَ اثْنانِ مِنْ وَاحِدٍ جازَ ، وَبِالْعَكْسِ لاَ يَجُوزُ (سم) وَلَوْ تَصَدَّقَ عَلى فَقِيرَيْنِ جازَ ، وَعَلى غَنِيَّيْنِ لاَ يَجُوزُ ، وَمَنْ وَهَبَ جارِيَةً إلاَّ حَمْلَها صَحَّتِ الهِبَةُ وَبَطَلَ الاِسْتِثْناءُ ،

وفيما يقسم لاتجوز) لأن القبض شرط فى الهبة لما روينا وأنه غير ممكن فى المشاع ، ولو جوّزناه لكان له إجبار الواهب على القسمة ولم يلتزمه فيكون إضرارا به ، وما لايقسم الممكن فيه القبض الناقص فيكتفى به ضرورة ، ولا يلزم ضرر الإجبار على القسمة ببقاء الإجبار على المهايأة . قلنا المهايأة فى المنافع ولم يتبرّع بها ، لأن الهبة صادفت العين لاالمنافع. قال (فان قسم وسلم جاز) لأن بالقبض لم يبق شيوع وذلك (كسهم فى دار و) مثله (اللبن فىالضرع والصوف على الظهر والتمر على النخل والزرع فىالأرض) لأن اتصال هذه الأشياء كالشيوع من حيث أنه يمنع القبض ، وكذلك لو وهبه من شريكه لايجوز لعدم إمكان القبض . قال (ولو وهبه دقيقا فى حنطة ، أو سمنا فى لبن ، أو دهنا فى سمسم فاستخرجه وسلمه لايجوز) لأن الموهوب معدوم فلا يكون محلا للملك فبطل العقد فيحتاج إلى عقد جديد أما المشاع فمحل التمليك حتى جاز بيعه دون ذلك . قال (ولو وهب اثنان من واحد جاز ، وبالعكس لايجوز) أما الأوّل فلأنهما سلماه والموهوب له قبضها جملة ولا شيوع ولا ضرر . وأما الثانية فمذهب أبى حنيفة وقالا : يصحّ أيضا لأنها هبة واحدة والتمليك واحد فلا شيوع ، وصار كالرهن من اثنين ولأبى حنيفة أنه وهب من كلّ واحد منهما النصف لأنه يثبت لكل واحد منهما الملك فىالنصف ، ألا ترى أنه لوكان فيما لايقسم، فقبل أحدهما صحّ فى النصف فكان تمليكا للنصف وأنه شائع ، وأما الرهن فالمستحقّ فيه الحبس ، ويثبت لكل واحد كملا وتمامه مرّ فى الرهن . قال (ولو تصدّق على فقيرين جاز) وكذلك لو وهب لهما (وعلى غنيين لايجوز) وقالا : تجوز فى الغنيين أيضا لما مر والفرق لأبى حنيفة أن إعطاء الفقير يراد به وجه الله تعالى فهو واحد ، وسواء كان بلفظ الصدقة أو بلفظ الهبة ، وسواء كان فقيرا واحدا أو أكثر ، والإعطاء للغنىّ يراد به وجه الغنىّ وهما اثنان فكان مشاعا ، والصدقة على الغنىّ هبة لأنه ليس من أهل الصدقة . قال (ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لما تقدّم أن الاستثناء إنما يعمل فيما يعمل فيه العقد ، والهبة لاتصحّ فى الحمل فكذا الاستثناء فكان شرطا فاسدا ؛ والهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر

فصـــل

وَيَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيما يَهَبُهُ لِلأَجْنَبِيِّ (ف) وَيُكْرَهُ ، فانْ عَوَّضَهُ أَوْ زَادَتْ زِيادَةً مُتَّصِلَةً أَوْ ماتَ أَحَدُهُما أَوْخَرَجَتْ عَنْ مِلْكِ المَوْهوبِ لَهُ فَلا رُجُوعَ ،

بخلاف البيع فانه يفسد بالشروط الفاسدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ، ولو دبر الجنين ثم وهبها لم يجز ، ولو أعتقه ثم وهبها جاز ؛ والفرق أن المدبر مملوك الواهب وأنه متصل بالأم اتصال خلقة ، فمنع صحة القبض كالمشاع ، وفى الحرّ لم يبق ماكا له ، فالموهوب غير مشغول بحقه ولا متصل به فلا يمنع الصحة ؛ ولو وهبه جارية على أن يعتقها أو يستولدها ، أو على أن يدبرها ، أو دارا على أن يردّ عليه شيئا منها أو يعوّضه عنها شيئا فالهبة جائزة والشرط باطل ، لأنها شروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة ، وأنها لاتبطل الهبة لما مرّ .

فصـــل

المعانى المانعة من الرجوع فى الهبة : المحرَمية من القرابة ، والزوجية ، والمعاوضة ، وخروجها من ملك الموهوب له ، وحدوث الزيادة أو التغيير فى عينها ، وموت الواهب أو الموهوب له على ما نبينه إن شاء الله تعالى . قال (ويجوزالرجوع فيما يهبه للأجنبىّ) لقوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحقّ بهبته ما لم يثب منها » أى ما لم يعوّض عنها (ويكره) ذلك لأنه من باب الخساسة والدناءة . وقال عليه الصلاة والسلام « العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه » شبهه له لخساسة الفعل ودناءة الفاعل ، وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام « لايحلّ للواهب أن يرجع فى هبته إلا الوالد فيما يهب لولده » أى لايحلّ له الرجوع من غير قضاء ولارضى إلا الوالد فانه يحلّ له ذلك عند الحاجة ، فهذا الحمل أولى جمعا بين الحديثين . قال (فان عوّضه أو زادت زيادة متصلة) فى نفسها (أو مات أحدهما ، أو خرجت عن ملك الموهوب له فلا رجوع) أما إذا عوّضه فلما روينا من الحديث، ولأن المقصود من الهبة التعويض عادة وقد حصل . وأما الزيادة كالسمن والكبر والبناء والغرس والصبغ والخياطة فلأنه لايمكن الرجوع بدون الزيادة ، ولا سبيل إلى الرجوع مع الزيادة لأن العقد ما ورد عليها . وأما موت الواهب فلا سبيل للوارث عليها إذ هوأجنبى من العقد . وأماموت الموهوب له فللانتقال إلى ورثته والتمليك لم يوجد منه وصار كما إذا انتقل منه حال حياته وأما إذا خرجت من ملك الموهوب له فلأنه إنما أخرجها بتسليطه فلا يملك نقضه كالوكيل، ونقصان الموهوب لايمنع الرجوع بأن انتقصت قيمته أو انهدم البناء أو ولدت الجارية ،

وَلا رُجُوعَ فيما يَهَبُهُ لِذِي رَحْمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ زَوْجَةٍ أَوْ زَوْجٍ ، وَلَوْ قَالَ الْمَوْهُوبُ لَهُ خُذْ هَذَا بَدَلاً عَنْ هِبَتِكَ أَوْ عِوَضَهَا أَوْ مُقَابِلَهَا أَوْ عَوَّضَهُ أَجْنَبِيٌّ مُتَبَرِّعاً فَقَبَضَهُ سَقَطَ الرُّجُوعُ ، وَلَوِ اسْتُحِقَّ نِصْفُ الْهِبَةِ رَجَعَ

بِنِصْفِ الْعِوَضِ ، وَإِنِ اسْتُحِقَّ بَعْضُ الْعِوَضِ لايَرْجِعُ بِشَيْءٍ مِنْهُ (ز) ، إلا أنه لايرجع فيها حتى يستغنى عنها ولدها ؛ ولو وهبه عبدا فشبّ فازدادت قيمته ثم شاخ فنقصت لايرجع فيه لأنه ازداد فى بدنه وطال فى جثته ثم انتقص بوجه آخر وهو شيخوخته فلا يرجع . قال (ولا رجوع فيما يهبه لذى رحم محرم منه أو زوجة أو زوج) لأن المقصود صلة الرحم وزيادة الألفة بين الزوجين ، وفى الرجوع قطيعة الرحم والألفة ، لأنها تورث الوحشة والنفرة فلا يجوز صيانة للرحم عن القطيعة وإبقاء للزوجية على الألفة والمودّة وفى الحديث « إذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها » وسواء كان أحد الزوجين مسلما أو كافرا لشمول المعنى ، ولو وهبها ثم أبانها لم يرجع ؛ ولو وهب أجنبية ثم تزوّجها له الرجوع ، والمعتبر المقصود وقت العقد ؛ وإن وهب لأخيه وهو عبد له الرجوع ؛ وكذلك إن وهب لعبد أخيه عند أبى حنيفة ، وقالا : لارجوع له لأن الملك وقع للمولى فكان هبة للأخ ، وله أن الهبة وقعت للعبد حتى اعتبر قبوله وردّه والملك يقع له ، ثم ينتقل إلى مولاه عند الفراغ من حاجته حتى لو كان مديونا لاينتقل إلى مولاه ولا صلة بينه وبين العبد . قال (ولو قال الموهوب له : خذ هذا بدلا عن هبتك أو عوضها أو مقابلها أو عوّضه أجنبىّ متبرّعا فقبضه سقط الرجوع) لأن هذه الألفاظ فى معنى المعاوضة ، وكذلك لو قال: خذ هذا مكان هبتك ، أو ثوابا منها ، أو كافأتك به ، أو جازيتك عليه ، أو أثبتك ، أو نحلتك هذا عن هبتك ، أو تصدّقت به عليك بدلا عن هبتك فهذا كله عوض وحكمه حكم الهبة ، يصحّ بما تصحّ به الهبة ، ويبطل بما تبطل به ، ويتوقف الملك فيه على القبض ولا يكون فى معنى المعاوضة أصلا ؛ وإن لم يضف العوض إلى الهبة بأن أعطاه شيئا ولم يقل عوضا عن هبتك لايكون عوضا ولكلّ واحد منهما الرجوع ، فإن عوّضه عن جميع الهبة بطل الرجوع فى الجميع قلّ العوض أو كثر ، وإن عوّضه عن نصفها فله الرجوع فيما بقى لأن المانع التعويض فيتقدّر بقدره . قال (ولو استحقّ نصف الهبة رجع بنصف العوض) لأنه ما عوّضه بهذا العوض إلا ليسلم له جميع الموهوب ولم يسلم إلا نصفه فيرجع بنصف ما عوّضه (وإن استحقّ بعض العوض لايرجع بشىء منه) وقال زفر : يرجع بحصته من الموهوب اعتبارا بالعوض الآخر . ولنا أنه لما استحقّ بعضه ظهر أنه ما عوّضه إلا بالباقى وهو يصلح عوضا عن الكل ، فلا يرجع إلا أن يردّ الباقى ثم يرجع ، لأنه ما أسقط حقه فى الرجوع بقبول العوض إلا ليسلم له جميع العوض ولم يسلم فله ردّه ، وإذا ردّه بطل

وَإِنِ اسْتُحِقَّ جَمِيعُ العِوَضِ رَجَعَ بِالهِبَةِ ، وَالهِبَةُ بِشَرْطِ العِوَضِ يُرَاعَى فِيهَا حُكْمُ الهِبَةِ قَبْلَ القَبْضِ وَالبَيْعِ بَعْدَهُ ؛ وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا أَوْ بِحُكْمِ الحَاكِمِ ، وَإِنْ هَلَكَتْ فِي يَدِهِ بَعْدَ الحُكْمِ لَمْ يَضْمَنْ .

فصــل

العُمْرَى جَائِزَةٌ لِلْمُعْمَرِ حَالَ حَيَاتِهِ ، وَلِوَرَثَتِهِ بَعْدَ مَمَاتِهِ ، وَهِيَ أَنْ يَجْعَلَ دَارَهُ لَهُ عُمْرَهُ ، فَإِذَا مَاتَ تُرَدُّ عَلَيْهِ . وَالرُّقْبَى بَاطِلَةٌ (س) ، وَهِيَ أَنْ تَقُولَ : إِنْ مِتَّ فَهِيَ لِي ، وَإِنْ مِتُّ فَهِيَ لَكَ .

التعويض فعاد حقّ الرجوع . قال (وإن استحقّ جميع العوض رجع بالهبة) لما بينا . قال (والهبة بشرط العوض يراعى فيها حكم الهبة قبل القبض) فلا يصحّ فى المشاع (و) حكم (البيع بعده) رعاية للفظ والمعنى . وصورته : أن يهبه عبدا على أن يعوّضه عنه ثوبا ، فلكل واحد منهما الامتناع ما لم يتقابضا كما فى الهبة ، فاذا تقابضا صار بمنزلة البيع يردّان بالعيب وتجب الشفعة ، وإن استحقّ ما فى يد أحدهما رجع بعوضه إن كان قائما ، وبقيمته إن كان هالكا . قال (ولا يصحّ الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه فصل مجتهد فيه مختلف بين العلماء فله الامتناع ، وولاية الإلزام للقاضى ، وإن تراضيا فقد أبطل حقه فيجوز (وإن هلكت فى يده بعد الحكم) بالردّ (لم يضمن) لأنه أمانة فى يده حيث قبضه لاعلى وجه الضمان .

فصــل

(العمرى جائزة للمعمر حال حياته ولورثته) من (بعد مماته) ويبطل الشرط (وهى أن يجعل داره له عمره ، فاذا مات تردّ عليه) لما تقدّم من الحديث ، ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر ، ولو قال : دارى لك عمرى سكنى أو نحلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة أو هبة سكنى أو سكنى هبة فهى عارية ، لأن ذكر المنفعة وهى السكنى حقيقة فى العارية ، لأن العارية تمليك المنفعة وتحتمل الهبة والحمل على الحقيقة أولى؛ ولو قال : هبة تسكنها فهى هبة ، لأن قوله تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود وليس بتفسير ، بخلاف قوله سكنى . قال (والرقبى باطلة ، وهى أن تقول) دارى لك رقبى ، ومعناه (إن متّ فهى لى ، وإن متّ فهى لك) كأن كل واحد منهما يرقب موت الآخر لما روى شريح « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وردّ الرقبى » ومراده الرقبى من الترقب (١) ، أما من الإرقاب ومعناه رقبة دارى

---

(١) وهو الانتظار .

وَالصَّدَقَةُ كَالْهِبَةِ إِلاَّ أَنَّهُ لارُجُوعَ فِيهَا ؛ وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ فَهُوَ عَلَى جِنْسِ مَالِ الزَّكَاةِ (ز) ، وَبِمِلْكِهِ عَلَى الْجَمِيعِ ، وَيُمْسِكُ مَا يُنْفِقُهُ حَتَّى يَكْتَسِبَ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِمِثْلِ مَا أَمْسَكَ .

لك فانه يجوز ، وهو محمل حديث جابر « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبى » إلا أنه محتمل ، ولا تثبت الهبة بالشكّ فتكون عارية . وقال أبو يوسف : الرقبى جائزة لحديث جابر ، ولأن قوله : دارى لك تمليك ، وقوله رقبى شرط فاسد لايبطل الهبة . ولهما حديث شريح ، ولأنه تعليق الملك بالخطر فلا يصحّ ، وإذا لم يصحّ يكون عارية عندهما ، لأنه يقتضى إطلاق الانتفاع به ، ولو قال : جميع مالى أو كلّ شىء أملكه أو جميع ما أملكه لفلان فهو هبة ، لأن ملكه لايصير لغيره إلا بتمليكه ؛ ولو قال : جميع ما يعرف بى أو ينسب إلىّ لفلان فهو إقرار لجواز أن يكون للمقرّ له ، وهو فى يدّ المقرّ يعرف به وينسب إليه . قال (والصدقة كالهبة) فى جميع أحكامها لأنه تبرّع (إلا أنه لارجوع فيها) لأن المقصود منها الثواب وقد حصل ، وكذا الهبة للفقير لأن المقصود الثواب ، وكذا لو تصدّق على غنىّ لأنه قد يطلب منه الثواب بأن يعينه على النفقة لكثرة عياله ، ويؤيد ذلك أنه عبر بالصدقة عنها . قال (ومن نذر أن يتصدّق بمالهفهو على جنس مال الزكاة) لأن إيجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ، وإيجاب الله تعالى الصدقة المضافة إلى المال يتناول أموال الزكاة ، قال الله تعالى ـ خذ من أموالهم صدقة تطهرهم ـ الآية ، فكذا إيجاب العبد ، فيتصدّق بالذهب والفضة وعروض التجارة والسوائم والغلة والثمرة العشرية والأرض العشرية ، خلافا لمحمد لأن الغالب فى العشر معنى العبادة حتى لاتجب على الكافر فكانت فى معنى الزكاة ، ولا يتصدّق بغير ذلك من الأموال لأنها ليست أموال الزكاة . وقال زفر : يتناول جميع ماله وهو القياس عملا بعموم اللفظ ، وجوابه مامرّ ؛ ولو نذر أن يتصدّق بملكه فهو على الجميع ، وذكر الحاكم الشهيد أنه والأوّل سواء فى الاستحسان ، لأن ذكر المال والملك سواء ، وكذلك ذكر النسفى عنهما . قال : وأبو يوسف فرّق بينهما وقال : لفظة الملك أعمّ عرفا ، والأوّل أصحّ ، لأن الشرع إنما أضاف الصدقة إلى المال لا إلى الملك وذلك موجب تخصيص المال فبقى الملك على عمومه ، وإن لم يكن سوى مال الزكاة لزمه التصدّق بالكل بالإجماع (ويمسك ما ينفقه حتى يكتسب ثم يتصدّق بمثل ما أمسك) لأنه لو تصدّق بالجميع احتاج أن يسأل أو يموت جوعا وأنه ضرر فاحش ، فيمسك قدر حاجته دفعا للضرر عنه ، ولم نقدره بشىء لأن الناس يختلفون فى ذلك باختلاف أحوالهم فى النفقات فالحاصل أنه يمسك مقدار كفايته فى نفقته إلى أن يقدر على أداء مثله ؛ ولو قال : دارى فى المساكين صدقة فعليه أن يتصدق بها ، وإن تصدق بقيمتها أجزأه ، ولوقال لآخر : كل

كتاب العارية

وَهِيَ هِبَةُ المَنَافِعِ ، وَلاتكُونُ إلاَّ فِيما يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقاءِ عَيْنِهِ .

ما يصل إلى من مالك فعلىّ أن أتصدّق به فوهبه شيئا فعليه أن يتصدّق به ، ولو أذن له أن يأكل من طعامه لايتصدّق به ، لأن الإباحة لايملكه إلا بالأكل ، وبعد الأكل لايمكن التصدّق به .

كتاب العارية

وهى مشتقة من التعاور : وهو التداول والتناوب ، يقال : تعاونا الكلام بيننا : أى تداولناه ؛ وسمى العقد به لأنهم يتداولون العين ويتدافعونها من يد إلى يد ، أو من العرية وهى العطية ، إلا أن العرية اختصت بالأعيان ، والعارية بالمنافع ، وسميت به لتعريه عن العوض ، وهى عقد مستحبّ شرعا ، مندوب إليه ، لما فيه من قضاء حاجة المسلم ؛ وقد ندب الشرع إليه قال تعالى « وتعاونوا على البرّ والتقوى » وقال عليه الصلاة والسلام « لايزال الله فى عون المسلم ما دام فى عون أخيه » وذمّ تعالى على منعه فقال « ويمنعون الماعون » أى العوارى من القدر والفأس ونحوه ؛ وقال عليه الصلاة والسلام « العارية مردودة » واستعار صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان ؛ ولأن التمليك نوعان : بعوض ، وغير عوض ؛ والأعيان قابلة للنوعين بالبيع والهبة ، فكذا المنافع بالإجارة والإعارة .

قال (وهى هبة المنافع) وقال الكرخى : إباحة المنافع حتى لايملك المستعير إجارة ما استعار ولو ملك المنافع لملك إجارتها ، والأوّل الصحيح لأن المستعير له أن يعير ، ولو كانت إباحة لما ملك ذلك ، كمن أبيح له الطعام ليس له أن يبيحه لغيره ، ولأن العارية مشتقة من العرية وهى العطية ، وإنما لم تجز الإجارة لأنها تمليك موقت ينقطع حقه عنها إلى انتهاء المدة ، والعارية تمليك على وجه لاينقطع عنها متى شاء ، فلو جازت الإجارة يلزم المعير من الضرر ما لم يلتزمه ولا رضى به فلا يجوز ، أو نقول الإجارة أقوى وألزم من الإعارة والشىء لايستتبع ماهو أقوى منه . قال (ولاتكون إلا فيما ينتفع به مع بقاء عينه) .

اعلم أن الإعارة نوعان : حقيقة ، ومجاز . فالحقيقة إعارة الأعيان التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والعبد والدار والدابة . والمجاز إعارة ما لايمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددى المتقارب ، فيكون إعارة صورة قرضا معنى ، لأنه رضى باستهلاكه ببدل ، فكان تمليكا ببدل وهو القرض ؛ ولو استعار دراهم ليعاير بها ميزانه أو يزين بها حانوته ليس له أن يتعدّى ما سمى من المنفعة ، ولا يكون

وَهِيَ أَمَانَةٌ ، وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ أَعَرْتُكَ وَأَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الأَرْضِ ، وَأَخْدَمْتُكَ هَذَا العَبْدَ ، وَمَنَحْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ ، وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا لَمْ يُرِدْ بِهِمَا الهِبَةَ ، وَدَارِي لَكَ سُكْنَى أَوْ سُكْنَى عُمْرِي ؛ وَلِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَهَا إِنْ لَمْ يَخْتَلِفْ بِاخْتِلَافِ المُسْتَعْمِلِينَ ، وَلَيْسَ لَهُ إِجَارَتُهَا ؛ فَإِنْ آجَرَهَا فَهَلَكَتْ ضَمِنَ ،

قرضا كاستعارة الحلىّ . قال (وهى أمانة) لايضمنها من غير تعدّ . قال عليه الصلاة والسلام « ليس على المستعير غير المغل ضمان » ولأنه قبضه من يد المالك لاعلى وجه الضمان ، لأن اللفظ يقتضى تمليك المنافع بغير عوض لغة وشرعا لما بينا فلم يكن متعديا ، وتأويل ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام استعار دروعا من صفوان ، فقال : أغصبا تأخذها يا محمد ؟ فقال : لا بل عارية مؤدّاة مضمونة » أى واجبة الردّ مضمونة بمئونة الردّ توفيقا بين الحديثين بالقدر الممكن . قال (وتصحّ بقوله أعرتك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) للاستعمال فيه (وأخدمتك هذا العبد) لأن منفعة العبد خدمته ، وقد أذن له فى استخدامه) ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد بهما الهبة) لما مرّ فى الهبة (ودارى لك سكنى) لأن معناه سكناها لك (أو سكنى عمرى) أى سكناها لك عمرك . قال (وللمستعير أن يعيرها إن لم يختلف باختلاف المستعملين ، وليس له إجارتها) لأنه ملك المنافع فيملكها غيره كالموصى له بالخدمة ، بخلاف الإجارة على ما مرّ .

ثم العارية على أربعة أوجه : أحدها أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع كمن استعار دابة أو ثوبا ولم يبين وقتا معلوما ولا عين من يستعمله فله أن يستعمله فى أىّ وقت شاء فى أىّ منفعة شاء ، ويركب ويلبس غيره عملا بالإطلاق ، فلو ركب هو أو لبس ليس له أن يركب غيره ولا يلبسه ، وكذا لو ركب غيره لايركب هو على ما بيناه فى الإجارة . والثانى أن تكون مقيدة فيهما بأن استعاره يوما ليستعمله بنفسه ، فليس له أن يركب غيره ولا يلبسه غيره لاختلاف ذلك باختلاف المستعملين ، وله أن يعيرها للحمل لأنه لايتفاوت ، وكذا له أن يعير العبد والدار لعدم التفاوت . والثالث إذا كانت مطلقة فى الوقت مقيدة فى الانتفاع بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فله أن يحمل الحنطة متى شاء . والرابع إذا كانت مقيدة فى الوقت مطلقة فى الانتفاع بأن استعار دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله أن يحمل ما شاء فى اليوم ، فان أمسكها بعد الوقت ضمن إن انتفع بها فى اليوم الثانى ، وقيل يضمن بمجرّد الإمساك لأنه أمسك مال الغير بغير إذنه وهو الصحيح ؛ وإن اختلفا فى الوقت والمكان وما يحمل عليها فالقول قول المعير مع يمينه لأن الإذن منه يستفاد فيثبت بقدر ما أقرّ به وما زاد فالمستعير مستعمل فيما لم يؤذن له فيضمن . قال (فان آجرها فهلكت ضمن)

وَلِلْمُعِيرِ أنْ يُضَمِّنَ الْمُسْتَعِيرَ ، وَلا يَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَيَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، فانْ قَيَّدَها بِوَقْتٍ أوْ مَنْفَعَةٍ أوْ مَكانٍ ضَمِنَ بالْمُخالَفَةِ إلاَّ إلى خَيْرٍ ؛ وَعِنْدَ الإطْلاقِ لَهُ أنْ يَنْتَفِعَ بِها فى جَمِيعِ أنْواعِ مَنْفَعَتِها ما شاءَ ما لم يُطالِبْهُ بالرَّدِّ ، وَلَوْ أعارَ أرْضَهُ لِلْبِناءِ وَالْغَرْسِ فَلَهُ أنْ يَرْجِعَ وَيُكَلِّفَهُ قَلْعَهُما ، وَإنْ وَقَّتَ وأخَذَها قَبْلَ الوَقْتِ كُرِهَ لَهُ ذلكَ ، وَيَضْمَنُ لِلْمُسْتَعِيرِ قِيمَتَهُ وَيَمْلِكُهُ ، وَلِلْمُسْتَعِيرِ قَلْعُهُ إلاَّ أنْ يَكُونَ فِيهِ ضَرَرٌ كَثِيرٌ بالأرْضِ ، فانْ قَلَعَهُما فَلا ضَمانَ ، فانْ أعارَها لِلزِّراعَةِ فَلَيْسَ لَهُ أخْذُها قَبْلَ حَصْدِهِ وَإنْ لَمْ يُوَقِّتْ .

لأنه متعدّ حيث تصرّف فى ملك الغير بغير أمره فكان غاصبا (وللمعير أن يضمن المستعير) لما بينا (ولا يرجع على المستأجر) لأنه تبين أنه آجره ملكه ، وله أن يضمن المستأجر لأنه قبض ماله بغير أمره (ويرجع على المستعير) إذا لم يعلم أنه عارية دفعا لضرر الغرور عنه بخلاف ما إذا علم قال (فان قيدها بوقت أو منفعة أو مكان ضمن بالمخالفة إلا إلى خير) وقد بيناه بتمامه فى الإجارة (وعند الإطلاق له أن ينتفع بها فى جميع أنواع منفعتها ما شاء ما لم يطالبه بالردّ) عملا بالإطلاق . قال (ولو أعار أرضه للبناء والغرس فله أن يرجع) لأنه عقد غير لازم ، وهذا لأن المنافع توجد شيئا فشيئا وتملك كذلك ، فما لم يوجد بعد لم يقبض فله الرجوع فيه . وقال عليه الصلاة والسلام « العارية مردودة » . قال (ويكلفه قلعهما) لأنه لما صحّ الرجوع بقى المستعير شاغلا ملك المعير فعليه تفريغها ، فان لم يكن وقت فلا شىء عليه ، لأن ما أصاب المستعير إنما أصابه بفعل نفسه (وإن وقت وأخذها قبل الوقت كره له ذلك) لأنه أخلف وعده (ويضمن للمستعير قيمته ويملكه) نظرا للجانبين . وقال زفر : لاضمان عليه لأنه لما علم أن له ولاية الأخذ فقد رضى بذلك . ولنا أنه غرّه بالتأقيت ، إذ الظاهر الوفاء بالوعد فيرجع إليه إذا أخلف ، لأن ما أصابه إنما أصابه من جهته بخلاف غير المؤقت (وللمستعير قلعه) لأنه ملكه إلا أن يكون فيه ضرر كثير بالأرض (فيخير المعير ، لأن الأصل لـ وهو راجح على التبع) فان قلعهما فلا ضمان عليه وقيل إذا كلفه المعير قلعهما قلعهما ، ويضمن المعير ما نقصا بالقلع ، لأنه خدعه حيث ضمن له الوفاء إلى آخر الوقت الذى وقته ولم يف له . قال (فان أعارها للزراعة فليس له أخذها قبل حصده وإن لم يوقت) فتبقى بالأجرة ، لأن فيه مراعاة الجانبين ودفع الضرر عن المستعير ومراعاة حقّ المعير ، لأن بقاءه مدة قليلة بخلاف الغرس والبناء لأنه لانهاية لهما فيقلع دفعا لضرر المعير . دخل الحمام واستعمل قصاع الحمامى فانكسرت ، أو أخذ كوز الفقاع ليشرب فانكسر ، أو دخل منزل رجل باذنه فأخذ منه إناء بغير إذنه لينظر إليه أو ليشرب

وأُجْرَةُ رَدِّ العارِيَةِ عَلَى المُسْتَعِيرِ والمُسْتَأجِرِ عَلَى الآجِرِ ، وَإِذَا رَدَّ الدَّابَّةَ إلى اصْطَبْلِ مالِكِها بَرِئَ ، وكَذَا رَدُّ الثَّوْبِ إلى دَارِهِ وَمَعَ مَنْ فى عِيالِهِ أَوْ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ الخاصّ بَرِئَ .

كتاب الغصب

وهُوَ أَخْذُ مالٍ مُتَقَوَّمٍ مُحْتَرَمٍ مَمْلُوكٍ لِلْغَيْرِ بِطَرِيقِ التَّعَدِّى ،

فوقع من يده فانكسر فلا ضمان عليه لأنه مأذون فى ذلك دلالة . استعار كتابا ليقرأ فيه فوجد فيه خطأ ، إن علم أن صاحبه لايكره إصلاحه أصلحه وإلا فلا ، والظاهر أنه لايكره فلا بأس به . قال (وأجرة ردّ العارية على المستعير) لأن قبضه لمنفعته فوجب الردّ عليه ، والأجرة مئونة الردّ (و) أجرة ردّ (المستأجر على الآجر) لأن منفعة القبض حصلت له وهى الأجرة فلا يكون الردّ واجبا على المستأجر فلا يلزمه الأجرة . قال (وإذا ردّ الدّابة إلى اصطبل مالكها برئ) استحسانا ، والقياس أنه لايبرأ لعدم الردّ إلى المالك. وجه الاستحسان أن العادة جرت بالردّ إلى الاصطبل ، فانه لو سلمها إليه ردّها إلى الاصطبل ، والمعتاد كالمنصوص عليه ؛ ولو كان عبدا وردّه إلى دار مالكه فكذلك (وكذا ردّ الثوب إلى داره) لما بينا (و) لو ردّ العارية (مع من فى عياله أو عبده أو أجيره الخاصّ برئ) لأنها أمانة فصارت كالوديعة ؛ وكذا لو ردّها إلى عبد المعير أو من فى عياله برئ لأن المالك يحفظها بهؤلاء عادة ؛ وقيل المراد بالعبد : الذى يقوم عليها . وذكر فى المنتقى لو كانت العارية شيئا نفيسا كالجوهر ونحوه لايبرأ بالردّ إلى هؤلاء ، لأنه لم تجر العادة بطرحه فى الدار وتسليمه إلى غلمانه ؛ والمستأجر فى ردّ العين المستأجرة كالمستعير ؛ وفى الغصب لايبرأ فى الجميع إلا بالردّ إلى مالكه ، لأن ضمان الغصب واجب فلا يسقط إلا بالردّ إلى المالك أو نائبه حقيقة ، بخلاف العارية لأنها غير مضمونة .

كتاب الغصب

(وهو) فى اللغة : أخذ الشىء ظلما ، يقال : غصبته منه وغصبته عليه بمعنى ، قال تعالى ـ يأخذ كل سفينة غصبا ـ أى ظلما ، ويستعمل فى كل شىء ، يقال : غصبت ولده وزوجته . وفى الشرع (أخذ مال متقوّم محترم مملوك للغير بطريق التعدّى) واشترط أبو حنيفة وأبويوسف كون المغصوب قابلا للنقل والتحويل على وجه يتضمن تفويت يد المالك ، ولم يشترط ذلك محمد ، ويظهر فى غصب العقار على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، فلو استخدم مملوك غيره بغير أمره ، أو أرسله فى حاجته ، أو ركب دابته أو حمل عليها

وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا فَعَلَيْهِ رَدُّهُ فِى مَكَانِ غَصْبِهِ ، فَإِنْ هَلَكَ وَهُوَ مِثْلِيٌّ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ غَصْبِهِ ، وَإِنْ نَقَصَ ضَمِنَ النُّقْصَانَ ، وَإِذَا انْقَطَعَ تَجِبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْقَضَاءِ (سم) ،

أو ساقها فهلكت كان غاصبا لأنه أثبت اليد المبطلة المفوتة ، ولو جلس على بساط الغير أو هبت الريح بثوب إنسان فألقته فى حجره لايكون غا صبا ما لم ينقله أو يمسكه ، وهو تصرّف منهى عنه حرام لكونه تصرّفا فى مال الغير بغير رضاه ، قال الله تعالى ـ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ـ ولأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه . قال عليه الصلاة والسلام « كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله » وقال عليه الصلاة و السلام « لايحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » وعلى حرمته بالإجماع وهو من المحرّمات عقلا ، لأن الظلم حرام عقلا على ما عرف فى الأصول . والغصب على ضربين أحدهما لايتعلق به إثم وهو ماوقع عن جهل كمن أتلف مال الغير وهو يظنّ أنه ملكه ، أو ملكه ممن هو فى يده وتصرّف فيه واستهلكه ثم ظهر أنه لغير ذلك فلا إثم عليه . قال عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » الحديث معناه الإثم . والثانى يتعلق به الإثم وهو ما يأخذه على وجه التعدّى فانه يأثم بأخذه وإمساكه . قال (ومن غصب شيئا فعليه ردّه فى مكان غصبه) لقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى تردّ » وقال عليه الصلاة والسلام « لايأخذ أحدكم متاع أخيه لاجادّا ولاعبا ، فاذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردّها عليه » ولأنه يجب عليه رفع الظلم وذلك بما ذكرنا ويردّه فى مكان غصبه ، لأن القيمة تتفاوت بتفاوت الأماكن والأعدل ما ذكرنا . قال (فان هلك وهو مثلى فعليه مثله) قال تعالى ـ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ـ ولأن المثل أعدل لوجود المالية والجنس (وإن لم يكن مثليا) كالحيوان والعددى المتفاوت والمزروع (فعليه قيمته يوم غصبه) لأن القيمة تقوم مقام العين من حيث المالية عند تعذّر المماثلة دفعا للظلم وإيصالا للحقّ إلى مستحقه بقدر الإمكان ، وسواء عجز عن ردّه بفعله أو فعل غيره أو بآفة سماوية لأنه بالغصب صار متعدّيا ووجب عليه الردّ وقد امتنع فيجب الضمان وتجب القيمة يوم الغصب لأنه السبب وبه يدخل فى ضمانه (وإن نقص ضمن النقصان) اعتبارا للجزء بالكل (و) أما المثلى (إذا انقطع تجب قيمته يوم القضاء) عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف يوم الغصب . وقال محمد يوم الانقطاع لأن الواجب المثل وينتقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر يومئذ . ولأبى يوسف أنه لما انقطع التحق بذوات القيم فتعتبر قيمته إذ هو السبب الموجب . ولأبى حنيفة أن الانتقال بقضاء القاضى لابالانقطاع حتى لو لم يتخاصما حتى عاد المثل وجب ، فاذا قضى القاضى تعتبر القيمة عنده بخلاف ذوات

وَإِنِ ادَّعَى الهَلاكَ حَبَسَهُ الحاكِمُ مُدَّةً يَعْلَمُ أَنَّها لَوْ كانَتْ باقِيَةً أَظْهَرَها ثُمَّ يَقْضِي عَلَيْهِ بِبَدَلِها ، وَالقَوْلُ فى القِيمَةِ قَوْلُ الغاصِبِ مَعَ يَمِينِه ، فإذا قُضِيَ عَلَيْهِ بالقِيمَةِ مَلَكَهُ مُسْتَنِداً إلى وَقْتِ الغَصْبِ ، وَتَسْلَمُ لَهُ الأكْسابُ وَلا تَسْلَمُ لَهُ الأَوْلادُ ، فإذا ظَهَرَتِ العَيْنُ وَقِيمَتُها أَكْثَرُ وَقَدْ ضَمِنَها بِنُكُولِهِ أَوْ بالبَيِّنَةِ ، أَوْ بِقَوْلِ المالِكِ سَلِمَتْ لِلْغاصِبِ ، وَإِنْ ضَمِنَها بِيَمِينِهِ فالمالِكُ إنْ شاءَ أَمْضَى الضَّمانَ ، وَإِنْ شاءَ أَخَذَ العَيْنَ وَرَدَّ العِوَضَ ، وَيَضْمَنُ ما نَقَصَ العَقارُ بِفِعْلِهِ وَلا يَضْمَنُهُ لَوْ هَلَكَ (م) ،

القيم لأنه مطالب بها من وقت وجود السبب وهو الغصب فتعتبر قيمته عند السبب . قال (وإن ادّعى الهلاك حبسه الحاكم مدة يعلم أنها لو كانت باقية أظهرها ثم يقضى عليه ببدلها) لأن الظاهر بقاؤها وقد ادّعى خلافه ، ونظيره إذا طولب بثمن المبيع فادّعى الإفلاس وقد مرّ فى الحجر ، فاذا حبس المدّة المذكورة قضى عليه بالبدل لما مرّ . قال (والقول فى القيمة قول الغاصب مع يمينه) لأنه ينكر الزيادة ، وإن أقام المالك البينة على الزيادة قضى بها لأنها حجة ملزمة . قال (فاذا قضى عليه بالقيمة ملكه مستندا إلى وقت الغصب) لأنه قابل النقل من ملك إلى ملك ، وقد ملك المالك بدله فيملك الغاصب المبدل لئلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد دفعا للضرر عنه (وتسلم له الأكساب) للتبعية (ولا تسلم له الأولاد) لأن تبعيتهم فوق تبعية الأكساب . ألا يرى أن ولد المدبر والمكاتب مدبر ومكاتب ، ولا تكون أكسابهما مدبرا ومكاتبا . قال (فاذا ظهرت العين وقيمتها أكثر وقد ضمنها بنكوله أو بالبينة أو بقول المالك سلمت للغاصب) لأنه ملكها برضى المالك حيث ادّعى هذا القدر (وإن ضمنها بيمينه فالمالك إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين وردّ العوض) لأنه ما رضى به وإنما أخذه لعجزه عن الوصول إلى كمال حقه كالمكره ، وكذا لو ظهر وقيمته مثل ما ضمن أو أقلّ ، لأنه لم يرض حيث لم يعطه ما ادّعاه فيثبت له الخيار . قال (ويضمن ما نقص العقار بفعله ولا يضمنه لو هلك) وقال محمد : يضمن العقار بالغصب . وصورته : أن من سكن دارا غيره أو زرع أرض غيره بغير إذنه ثم خربت الدار أو غرق العقار ، لمحمد أنه تحققت اليد العادية ، ويلزم من ذلك زوال يد المالك لأن اجتماع اليدين فى محلّ واحد فى زمان واحد محال فتحقق الغصب ، ولأن كلّ حكم يتعلق بالنقل فيما ينقل يتعلق بالتخلية فيما لا ينقل كدخول المبيع فى ضمان المشترى . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « من غصب شبرا من أرض طوّقه الله تعالى من سبع أرضين » والنبيّ صلى الله عليه وسلم ذكر الجزاء فى غصب العقار ولم يذكر الضمان ، ولو وجب لذكره ، ولأن هذا تصرّف فى المالك لأن العقار لم يزل عن مكانه الذى كانت يد المالك ثابتة عليه ، والتصرّف

فإنْ نَقَصَ بالزِّرَاعَةِ يَضْمَنُ النُّقْصَانَ ، وَيأخُذُ رأسَ مالِهِ وَيَتَصَدَّقُ بالفَضْل ، وكَذَا المُودَعُ وَالمُسْتَعيرُ إذَا تَصَرَّفا وَرَبِحا تَصَدَّقا بالفَضْل (س) ،

فى المالك لايوجب الضمان كما لو منعه عن حفظ ماله حتى هلك، ولأن مالا يجب القطع بسرقته لا يتعلق به ضمان الغصب كالحرّ . وأما إذا هدم البناء وحفر الأرض فيضمن لأنه وجد منه النقل والتحويل وأنه إتلاف ، ويضمن بالإتلاف مالا يضمن بالغصب كالحرّ ، وما انهدم بسكناه فقد تلف بفعله ؛ والعقار يضمن بالاتلاف وإن لم يضمن بالغصب ولأنه تصرف فى العين (فان نقص بالزراعة يضمن النقصان) لما مرّ (ويأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل) معناه يأخذ من الزرع ما أخرج عليه من البذر وغيره ويتصدق بالفضل (وكذا المودع والمستعير إذا تصرفا وربحا تصدّقا بالفضل) وقال أبو يوسف: يطيب له الفضل لأنه حصل فى ضمانه لملكه الأصل ظاهرا ، فان المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا على ما تقدم ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرّف فى ملك الغير ، والفرع يحصل على صفة الأصل ، والملك الخبيث سبيله التصدق به ، ولو صرفه فى حاجة نفسه جاز ، ثم إن كان غنيا تصدّق بمثله ، وإن كان فقيرا لايتصدق ؛ ولو لقى المالك الغاصب فى غير بلد الغصب فطالبه بالمغصوب فان كان دراهم أو دنانير دفعها إليه لأنها ثمن فى جميع البلاد ، وإن كانت عينا وهى قائمة فى يده أمر بتسليمها إليه إن كانت قيمتها فى الموضعين سواء لأنه لاضرر فيه على المالك ، وإن كانت قيمته أقل من بلد الغصب فان شاء أخذه ، وإن شاء طالبه بالقيمة ، وإن شاء صبر ليأخذه فى بلده لأن نقصان السعر بنقله فيخير المالك ، بخلاف تغير السعر فى بلد الغصب لأنه لا بصنعه بل بقلة الرغبات ، وإن لم يكن فى يده وقيمته أقلّ فالمالك إن شاء أخذ مثله إن كان مثليا أو قيمته ببلد الغصب أو يصبر ليأخذ مثله فى بلده ؛ وإن كانت قيمته هنا أكثر فالغاصب إن شاء أعطاه مثله أو قيمته ، لأنه هو الذى يتضرّر بالدفع ؛ وإن كانت القيمة سواء فللمالك أن يطالب بالمثل لأنه لاضرر على أحد ، ولو تعيب فى يد الغاصب رده مع قيمة النقصان فيقوّم صحيحا ويقوم وبه عيب فيضمن ذلك ، هذا فى غير الربويات لأن للجودة قيمة فيها . فأما الربويات إن شاء أخذه بعيبه وإن شاء ضمنه قيمته صحيحا من غير جنسه وتركه ، لأن الجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس على ماعرف وآنية الصفر والرصاص إن بيعت وزنا من الربويات وعددا لا . ولو غصب عنبا فصار زبيبا ، أو عصيرا فصار خلا ، أو رطبا فصار تمرا فالمالك إن شاء أخذ عينه ، وإن شاء ضمنه مثله ؛ ولو غصب عبدا أو جارية صغيرة فكبر أخذه ولاشى للغاصب من النفقة قال عليه الصلاة والسلام «من وجد عين ماله فهو أحق به » ولو كان شابا فصار شيخا ، أو شابة فصارت عجوزا ضمن النقصان ، والشلل والعرج وذهاب السمع والبصر ونسيان الحرفة والقرآن والسرقة والإباق والجنون والزنا عيب يوجب النقصان

وَإذَا تَغَيَّرَ المَغْصُوبُ بِفِعْلِ الغَاصِبِ حَتَّى زَالَ اسْمُهُ وَأَكْثَرُ مَنَافِعِهِ مَلَكَهُ وَضَمِنَهُ ، وَذَلِكَ كَذَبْحِ الشَّاةِ وَطَبْخِهَا أَوْ شَيِّهَا أَوْ تَقْطِيعِهَا ، وَطَحْنِ الحِنْطَةِ أَوْ زَرْعِهَا ، وَخَبْزِ الدَّقِيقِ ، وَجَعْلِ الحَدِيدِ سَيْفًا وَالصُّفْرِ آنِيَةً ، وَالبِنَاءِ عَلَى السَّاجَةِ ، وَاللَّبِنِ حَائِطًا ، وَعَصْرِ الزَّيْتُونِ وَالعِنَبِ وَغَزْلِ القُطْنِ وَنَسْجِ الغَزْلِ ، وَلا يَنْتَفِعُ بِهِ حَتَّى يُؤَدِّيَ بَدَلَهُ (ز) ، وَلَوْ غَصَبَ تِبْرًا فَضَرَبَهُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ آنِيَةً لَمْ يَمْلِكْهُ (سم) ، وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ فَأَبْطَلَ عَامَّةَ مَنْفَعَتِهِ ضَمِنَهُ ،

إن حدثت عند الغاصب ضمنها . قال (وإذا تغير المغصوب بفعل الغاصب حتى زال اسمه وأكثر منافعه ملكه وضمنه ، وذلك كذبح الشاة وطبخها أو شيها أو تقطيعها ، وطحن الحنطة أو زرعها ، وخبز الدقيق ، وجعل الحديد سيفا والصفر آنية والبناء على الساجة ، واللبن حائطا ، وعصر الزيتون والعنب ، وغزل القطن ونسج الغزل) والوجه فيه أنه استهلكها من وجه لفوات معظم المقاصد وتبدل الاسم ، وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه فترجح على ما فات من وجه ؛ بخلاف ما إذا ذبح شاة وسلخها لأن الاسم باق (ولا ينتفع به حتى يؤدى بدله) لقوله عليه الصلاة والسلام فى الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها « أطعموها الأسارى » فيه دليل على زوال ملك المالك وحرمة الإنتفاع قبل الإرضاء ، ولأن إباحة الانتفاع قبل الإرضاء فتح باب الغصب ، ويجوز بيعه وهبته مع الحرمة كالبيع الفاسد ، فاذا أدّى بدله أو أبرأه المالك جاز له الانتفاع به لأنه صار راضيا بالإبراء وأخذ البدل ، والقياس أن يجوز له الإنتفاع قبل الأداء ، وهو قول زفر وهو رواية عن أبى حنيفة ، لأنه ثبت له الملك فيجوز له الإنتفاع ولهذا جاز بيعه وهبته . وعن أبى يوسف أنه يزول ملك المالك عنه لكنه يباع فى دينه وبعد الموت هو أحقّ به من باقى الغرماء ، ووجه آخر فى الساجة واللبن أن ضرر المالك صار منجبرا بالقيمة ، وضرر الغاصب بالهدم لاينجبر فكان ما قلناه رعاية للجانبين فكان أولى ؛ ولو غصب خيطا فخاط به بطن عبده أو أمته أو لوحا فأدخله فى سفينة انقطع ملك المالك إلى الضمان بالإجماع (ولو غصب تبرا فضربه دراهم أو دنانير أوآنية لم يملكه) فيأخذها المالك ولا شيء للغاصب ، وقالا : يملكها الغاصب وعليه مثلها لما تقدم أنه استهلاك بصنعه من وجه لأن بالكسر فات بعض المقاصد ولأبى حنيفة أن العين باقية من كل وجه نظرا إلى بقاء الاسم والثمنية والوزن وجريان الربا فيه والصنع فيها غير متقومة لما بينا أنها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس . قال (ومن خرق ثوب غيره فأبطل عامة منفعته ضمنه) لأنه استهلكه معنى كما إذا أحرقه ، فاذا ضمنه جميع القيمة ترك الثوب للغاصب لئلا يجتمع البدلان فى ملك واحد وإن أمسك الثوب

وَمَنْ ذَبَحَ شاةَ غَيْرِهِ أَوْ قَطَعَ يَدَها ، فانْ شاءَ المَالِكُ ضَمَّنَهُ نُقْصانَها وأخَذَها ، وَإِنْ شاءَ سَلَّمَها وَضَمَّنَهُ قِيمَتَها ، وَفى غَيْرِ مأكُولِ اللَّحْمِ يَضْمَنُ قِيمَتَها بِقَطْعِ الطَّرَفِ ، وَمَنْ بَنَى فى أرْض غَيْرِهِ أوْ غَرَسَ لَزِمَهُ قَلْعُهُما وَرَدُّها ، وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبا فَصَبَغَهُ أحمَرَ أوْ سَوِيقا ، فَلَتَّهُ بِسَمْن فالمَالِكُ إنْ شاءَ أخَذَهُما وَرَدَّ زِيادَةَ الصَّبْغِ وَالسَّوِيق ، وَإنْ شاءَ أخَذَ قِيمَةَ الثَّوْب أبْيَضَ

ضمنه النقصان لبقاء العين وبعض المنافع ، وإن كان خرقا قليلا يضمن نقصانه لما أنه لم يفوّت شيئا بل عيبه . واختلفوا فى العيب الفاحش ، قيل هو أن يوجب نقصان ربع القيمة فما زاد ، وقيل ما ينتقص به نصف القيمة ، والصحيح ما يفوت به بعض المنافع (١) ، واليسير ما لايفوت به شيء من المنفعة بل يدخله نقصان العيب . قال (ومن ذبح شاة غيره أو قطع يدها ، فان شاء المالك ضمنه نقصانها وأخذها ، وإن شاء سلمه وضمنه قيمتها) لأنه إتلاف من وجه لتفويت بعض المنافع من اللبن والنسل وغيرهما وبقاء البعض وهو الأكل فثبت له الخيار كما فى الثوب فى الخرق الفاحش . قال (وفى غير مأكول اللحم يضمن قيمتها بقطع الطرف) لأنه استهلكها من كلّ وجه ، ولو غصب دابة فقطع رجلها ضمن قيمتها . وروى هشام إن أخذها المالك لاشيء له وإن شاء تركها وأخذ القيمة عند أبى حنيفة كما فى الجثة العمياء خلافا لهما ؛ وإن قلع عين الدابة فعليه ربع القيمة استحسانا وقيمة النقصان قياسا . وفى جنايات الحسن عن أبى حنيفة لو فقأ عين برذون أو بغل أو حمار عليه ربع قيمته ، وكذا كل ما يعمل عليه من البقر والإبل ، وما لايعمل عليه ما نقص . وقال فى الجامع الصغير : وفى عين بقر الجزار وجزوره ربع القيمة ، وفى عين شاة القصاب ما نقصها ، والحمل والطير والدجاجة والكلب ما نقصه . وقال أبو يوسف : عليه ما نقصه فى جميع البهائم اعتبارا بالشاة . ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام « قضى فى عين الدابة بربع القيمة » وكذا قضى عمر رضى الله عنه ، ولأنها تصلح للحمل والركوب والعمل ، ولا تقوم هذه المصالح إلا بأربعة أعين عينيها وعينى المستعمل فصارت كذات أربعة أعين ، فيجب فى أحدها ربع القيمة كماقلنا فى أحد الأهداب ربع الدية لما كانت أربعة . قال (ومن بنى فى أرض غيره أو غرس لزمه قلعهما وردّها) على ما بينا فى الإجارات . قال عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حقّ » ولأنه أشغل ملك الغير فيؤمر بتفريغه دفعا للظلم وردّا للحقّ إلى مستحقه . قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فالمالك إن شاء أخذهما وردّ زيادة الصبغ والسويق ، وإن شاء أخذ قيمة الثوب أبيض

---

(١) بأن كان يصلح للقباء قبله وبعده لايصلح له ويصلح للقميص اه ابن فرشته .

وَمِثْلَ السَّوِيقِ وَسَلَّمَهُما .

فصل

زَوَائِدُ الغَصْبِ أمانَةٌ، مُتَّصِلَةً كانَتْ أوْ مُنْفَصِلَةً ، وَيَضْمَنُها بالتَّعَدِّى أوْ بالمَنْعِ بَعْدَ الطَّلَبِ ، وَما نَقَصَتِ الجارِيَةُ بالوِلادَةِ مَضْمُونٌ وَيُجْبَرُ بِوَلَدِها وَبالغُرَّةِ ؛ وَمَنافِعُ الغَصْبِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ اسْتَوْفاها أوْ عَطَّلَها ،

ومثل السويق وسلمهما) لأن فى ذلك رعاية الجانبين على ما تقدم وصاحب الثوب صاحب الأصل فكان الخيار له . وقال فى الأصل تجب قيمة السويق بناء على أنه يتغير بالقلى فلم يصر مثليا وسماه ههنا مثليا لقيام القيمة مقامه والألوان كلها سواء . وقال أبو حنيفة : السواد نقصان ، قيل هو اختلاف عصر وزمان ، وقيل إن نقصه السواد فهو نقصان .

فصل

(زوائد الغصب أمانة متصلة كانت) كالسمن والجمال والحسن (أو منفصلة) كالولد والعقر والثمرة والصوف واللبن لأن الغصب لم يرد عليها لأنه إزالة يد المالك باثبات يده ولم يوجد فلا يضمن ، لأن ضمان الغصب ولا غصب محال . قال (ويضمنها بالتعدى) بأن أتلفه أو أكله أو ذبحه أو باعه وسلمه (أو بالمنع بعد الطلب) لأن الملك ثابت للغير وقد تعدى فيه فيضمنه لما مرّ ، وإن طلب المتصلة لايضمن بالبيع لأن الطلب غير صحيح لعدم إمكان ردّ الزوائد بدون الأصل ، وقالا : يضمنها بالبيع والتسليم كالمنفصلة . ولأبى حنيفة أن سبب الضمان إخراج المحلّ من أن يكون منتفعا به فى حقّ المالك ولم يوجد هنا لأن الزيادة المتصلة ما كان منتفعا بها فى حقّ المالك لعدم يده عليها فلا يجب الضمان ولو زادت قيمتها فعليه قيمتها يوم الغصب لاغير لأنه سبب الضمان على ما تقدم . قال (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون) لفوات بعضها (ويجبر بولدها وبالغرّة) لانعدام النقصان حكما ولأن العلوق أو الولادة سبب للزيادة والنقصان فلا يوجب الضمان كما إذا سقطت سنها ثم نبتت أو هزلت ثم سمنت أو ردّ أرش اليد فانه ينجبر به نقص القطع كذا هنا وصار كثمن المبيع ، وإن لم يكن بالولد وفاء انجبر بقدره وضمن الباقى ، والغرّة كالولد لأنها قائمة مقامه لوجوبها بدلا عنه ، ولو ماتت وبالولد وفاء بقيمتها لاشىء عليه هو الصحيح ، لأنه لما ضمنها يوم الغصب ملكها من ذلك الوقت فتبين أن النقصان حصل على ملكه فلا حاجة إلى الجابر . قال (ومنافع الغصب غير مضمونة استوفاها أو عطلها) أو استغل لعدم ورود الغصب عليها ولا مماثلة بينها وبين الأعيان لبقاء الأعيان وهى لاتبقى زمانين ولأنها غير متقومة ،

وَمَنِ اسْتَهْلَكَ خَمْرَ الذِّمِّيِّ أَوْ خِنْزِيرَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، وَلَوْ كَانَا لِمُسْلِمٍ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَيَجِبُ فِي كَسْرِ المَعَازِفِ قِيمَتُهَا (سم) لِغَيْرِ اللَّهْوِ .

وإنما تقوّمت بالإجارة ضرورة ورود العقد عليها ولم يوجد ويضمن ما نقص باستعماله لاستهلاكه بعض أجزائه . قال (ومن استهلك خمر الذمى أو خنزيره فعليه قيمته ، ولو كانا لمسلم فلا شيء عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » وإنهم يدينون بماليتهما ، فان الخمر والخنزير عندهم كالخلّ والشاة ، بل هما من أنفس الأموال عندهم . وقال عليه الصلاة والسلام « إذا قبلوها » : يعنى الجزية « فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » وللمسلمين التضمين باتلاف ما يعتقدونه مالا ، فكذا يكون الذمى ، بخلاف المسلم لأنهما ليسا مالا فى حقه أصلا ، وحرمة بدلهما عليه كحرمتهما ، والخمر وإن كان مثليا فالمسلم ممنوع عن تملكه فوجبت القيمة، أما الربا فحرام عندهم وهو مستثنى عن عقد الذمة . قال (ويجب فى كسر المعازف قيمتها لغير اللهو) وسواء كانت لمسلم أو ذمى كالبربط والطبل والدفّ والمزمار والجنك والعود ونحوها . ويجوز بيعها . وقالا : لايضمن ولا يجوز بيعها لأنها أعدت للمعاصى فلا تضمن كالخمر ، ومتلفها يتأوّل فيها النهى عن المنكر وأنه مأمور به شرعا فلا يضمن كإذن القاضى وبل أولى . ولأبى حنيفة أنها أموال صالحة للانتفاع فى جهة مباحة وتصلح لما يحلّ فيضمن ، والفساد بفعل فاعل مختار فلا يسقط التقوّم وجواز البيع لأنهما بناء على المالية وصار كالجارية المغنية ، وتجب قيمتها لغير اللهو كالجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصىّ ، فانه تجب قيمتها غير صالحة لهذه الأمور كذا هذا . ولو أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش ، لأن نقش التماثيل حرام غير متقوّم ، وإن كان مقطوع الرأس يضمن قيمته منقوشا لأنه غير حرام ، والتماثيل على البساط غير محرّم فيجب قيمته منقوشا . ولوغصب ثوبا فكساه للمالك ، أو طعاما فقدمه بين يديه فأكله وهو لايعلم به برئ من الضمان لأنه أعاد الشيء إلى يده وقد تمكن من التصرف فيه حقيقة فيبرأ بالنصّ ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى تردّ » ولو جاء الغاصب بقيمة المغصوب إلى المالك فلم يقبلها أجبره الحاكم على قبولها ، فان وضعها فى حجره برئ ، وإن وضعها بين يديه لايبرأ ، بخلاف ما إذا وضع المغصوب أو الوديعة بين يديه حيث يبرأ لأن الواجب فيه ردّ العين وأنه يتحقق بالتخلية ، والواجب فى الدين القبض لتتحقق المعاوضة والمقاصة والقبض لايحصل بالتخلية . وروى ابن سماعة عن محمد : للقاضى أن يأخذ المال من الغاصب والسارق إذا كان المالك غائبا ويحفظه عليه ، فان ضاع فجاء المالك فله أن يضمن الغاصب والسارق ولا يبرأ بأخذ القاضى ، لأن للقاضى التصرّف فى مال الغائب فيما

كتاب إحياء الموات

المَوَاتُ : مالايُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الأَرَاضِي ، وَلَيْسَ مِلْكَ مُسْلِمٍ وَلا ذِمِّيّ ، وَهُوَ بَعِيدٌ مِنَ العُمْرَانِ ، إذَا وَقَفَ إنْسانٌ بِطَرَفِ العُمْرَانِ وَنادَى بِأَعْلَى صَوْتِهِ لايُسْمَعُ ، مَنْ أَحْيَاه بإذْنِ الإمامِ (سم) مَلَكَهُ مُسْلِما كان أوْ ذِمِّيًّا ،

يؤدى إلى حفظه لافيا يرجع إلى إبراء حقوقه . ولو حلّ دابة رجل أو قيد عبده ، أو فتح قفصه وفيه طيور لم يضمن لأنه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار ، وهو ذهاب الدابة والعبد وطيران الطير ، واختيارهم صحيح وتركه منهم متصوّر ، والاختيار لاينعدم بانعدام العقل ؛ ألا ترى أن المجنون يضمن مايتلفه وإن كان معدوم العقل ، فيضاف التلف إلى المباشرة دون السبب كالحافر والدافع ، ولو حلّ فم زقّ وفيه دهن فسال ضمن لأنه تسبب لتلفه بازالة الممسك ، فلم يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل مختار ؛ ولو كان جامدا فشقه فذاب بالشمس ثم سال لم يضمن لأن الجامد يستمسك بنفسه لابالزقّ ، فلم يكن الشقّ إتلافا وإنما صار مائعا بالشمس لابفعله . ذهبت دابة رجل ليلا أو نهارا بغير إرسال صاحبها فأفسدت زرع رجل لاضمان عليه ، لأنها ذهبت باختيارها وفعلها هدر . قال عليه الصلاة والسلام « العجماء جبار » وإن أرسلها ضمن . رجل وجد فى زرعه أو داره دابة فأخرجها فهلكت أو أكلها الذئب لم يضمن نصّ عليه محمد فى المنتقى ، قالوا : والصحيح إن أخرجها ولم يسقها لم يضمن لأن له ولاية الإخراج ، وإن ساقها بعد الإخراج ضمن . رجل أدخل دابة فى دار رجل فأخرجها صاحب الدار فهلكت لايضمن . وإن وضع ثوبا فى داره فرمى به فضاع ضمن لأن الثوب لايضرّ الدار وكان الإخراج إتلافا ، والدابة تضرّ بالدار فلم يكن إتلافا .

كتاب إحياء الموات

(الموات : ما لاينتفع به من الأراضى) لانقطاع الماء عنه ، أو لغلبته عليه ، أو كونها حجرا أو سبخة ونحو ذلك مما يمنع الزراعة ، سميت بذلك لعدم الانتفاع بها كالميت لاينتفع به ، فما كان كذلك (وليس ملك مسلم ولا ذمىّ وهو بعيد عن العمران ، إذا وقف إنسان بطرف العمران ونادى بأعلى صو ته لايسمع من أحياه بإذن الإمام ملكه مسلما كان أو ذميا) لأن ماكان قريبا من العمران يرتفق الناس به عادة فيطرحون به البيادر ويرعون فيه المواشى . وعن محمد أنه يعتبر أن لايرتفق به أهل القرية وإن كان قريبا ، والمختار هو الأوّل لتعلق حقهم به حقيقة أو دلالة فلا يكون مواتا ، وكذلك إذا كان محتطبا لهم لايجوز

وَلا يَجُوزُ إحْياءُ ماقَرُبَ مِنَ العامِرِ ، وَمَنْ حَجَّرَ أرْضًا ثَلاثَ سِنِينَ فَلَمْ يَزْرَعْها دَفَعَها الإمامُ إلى غَيْرِهِ .

إحياؤه لأنه حقهم ، ويشترط فى الإحياء إذن الإمام ، وقالا : لايشترط لقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق » ولأنه مباح سبقت يده إليه كالصيد . ولأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » والمراد به فى المباحات ، إلا أن الحطب والحشيش والماء خص عنه بالحديث ، فبقى الباقى على الأصل ، وحديثهما محمول على الإذن لقوم مخصوصين توفيقا بين الحديثين ، ولأنه وصل إلى يد المسلمين بالقتال والغلبة فيكون غنيمة ، ولا يحل لأحد بدون إذن الإمام كسائر الغنائم ، والمسلم والذمى سواء ، لأن الإحياء سبب الملك فيستويان فيه كسائر الأسباب ؛ ويجب فيها العشر على المسلم والخراج على الذمى لأنه ابتداء وضع ، فيجب على كل واحد ما يليق به ، وإن سقاه بماء الخراج يعتبر بالماء ؛ والإحياء : أن يبنى فيها بناء ، أو يزرع فيها زرعا ، أو يجعل للأرض مسناة (١) ونحو ذلك ، ويكون له موضع البناء والزرع دون غيره . وقال أبو يوسف : إن عمر أكثر من النصف كان إحياء لجميعها ، وإن عمر نصفها له ماعمر دون الباقى . وذكر ابن سماعة عن أبى حنيفة إن حفر فيها بئرا أو ساق إليها ماء فقد أحياها زرع أو لم يزرع ، ولو شق فيها أنهارا لم يكن إحياء إلا أن يجرى فيها ماء فيكون إحياء (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر) لما بينا ؛ ومن أحيا مواتا ثم أحاط الإحياء بجوانبه الأربعة على التعاقب فطريق الأول فى الأرض من الرابعة لتعينها ، روى ذلك عن محمد . ومن أحيا مواتا ثم تركها فزرعها آخر ، قيل هى للثانى لأن الأول ملك استغلالها لارقبتها ؛ وقيل هى للأول وهو الأصح لأنها ملكه بلام الملك فى الحديث . قال (ومن حجر أرضا ثلاث سنين فلم يزرعها دفعها الإمام إلى غيره) لأن التحجير ليس باحياء ، والإمام دفعها لتحصيل المصلحة من العشر والخراج ، فاذا لم يحصل دفعها إلى غيره ليحصل . وسمى تحجيرا لوجهين : أحدهما من الحجر وهو المنع لأنه يمنع غيره عنها ؛ الثانى أنهم يضعون الأحجار حولها تعليما لحدودها لئلا يشركهم فيها أحد . والتحجير أن يعلمها بعلامة بأن وضع الحجارة أو غرس حولها أغصانا يابسة أو قلع الحشيش أو أحرق الشوك ونحوه فانه تحجير ، وهو استيام (٢) وليس باحياء ، ولهذا لو أحياها غيره قبل ثلاث سنين ملكها لأنه أحياها ، كما يكره السوم على سوم أخيه ، ولو عقد جاز العقد والتقدير بثلاث سنين مروى عن عمر رضى الله عنه فانه قال : من أحيا أرضا ميتة فهى له

---

(١) المسناة : ما يبنى للسيل ليرد الماء اه مغرب .

(٢) قوله استيام : أى تعليم .

وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فى مَوَاتٍ فَحَرِيمُها أَرْبَعُونَ ذِرَاعا مِنْ كُلِّ جانِبٍ لِلنَّاضِحِ (سم) وَالعَطَنِ ، فَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَحْفُرَ فى حَرِيمِها مُنِعَ ، وَحَرِيمُ العَيْنِ مِنْ كُلِّ جانِبٍ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ ، وَالقَناةُ عِنْدَ خُرُوجِ المَاءِ كالعَيْنِ ، وَلا حَرِيمَ لِلنَّهْرِ الظَّاهِرِ (سم) إِذَا كانَ فى مِلْكِ الغَيْرِ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ ، وَكَذَا لَوْ حَفَرَهُ فى أَرْضِ مَوَاتٍ لاحَرِيمَ لَهُ ،

وليس للمحجر بعد ثلاث حق . قال (ومن حفر بئرا فى موات فحريمها أربعون ذراعا من كل جانب للناضح والعطن) عند أبى حنيفة (فمن أراد أن يحفر فى حريمها منع) لأن فى الأراضى الرخوة يتحول الماء إلى ما يحفر دونها فيؤدى إلى اختلال حقه ، ولأنه ملك الحريم ليتمكن من الانتفاع به وذلك يمنعه . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانت للناضح فستون لحديث الزهرى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « حريم العين خمسمائة ذراع ، وحريم بئر العطن أربعون ذراعا ، وحريم بئر الناضح ستون ذراعا » ولأنه يحتاج فيها إلى سير الدابة للاستقاء وقد يطول الرشا وبئر العطن يستقى منها بيده فكانت الحاجة أقل . ولأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته » من غير فصل ، ولأن استحقاق الحريم على خلاف القياس لأنه فى غير موضع الإحياء وهو الحفر ، وإنما تركناه فى موضع اتفق الحديثان فيه ، وما اختلفا فيه يبقى على الأصل ، ويمكنه أن يدير الدابة حول البئر فلا يحتاج إلى زيادة مسير . وقال أبو حنيفة : جعل فى حديث الزهرى ستين ذراعا حريما لمد الحبل لأنه يملك ما زاد على الأربعين ، ولو احتاج إلى سبعين يمد الحبل إليه ، وكان له مد الحبل لأنه يملكه . وذكر فى النوادر عن محمد أن حريم بئر الناضح بقدر الحبل سبعون كان أو أكثر ، والعطن : مبرك الإبل حول الماء ، يقال : عطنت الإبل فهى عاطنة وعواطن إذا سقيت وتركت عند الحياض لتعاد إلى الشرب ؛ والنواضح : الإبل التى تستقى الماء ، والواحد ناضح ، وفى الحديث «كل ماسقى من الزرع نضحا ففيه نصف العشر » . قال (وحريم العين من كل جانب خمسمائة ذراع) لما سبق من الحديث ، ولأن العين تستخرج للزراعة ، ولا بد من موضع حوض يجمع فيه الماء ، وساقية يجرى فيها الماء إلى المزارع فاحتاج إلى مسافة أكثر من البئر . قال (والقناة عند خروج الماء كالعين) وقبله قيل هو مفوض إلى رأى الإمام ، لأنه لابد للقناة من الحريم لملقى طينه مالم يظهر ، فاذا ظهر فهو كالعين الفوارة ، بل هو قولهما. أما على قول أبى حنيفة لاحريم للقناة ما لم يظهر الماء ، لأنه نهر مطوى فيعتبر بالنهر الظاهر (ولا حريم للنهر الظاهر) عند أبى حنيفة (إذا كان فى ملك الغير إلا ببينة ، وكذا لو حفره فى أرض موات لاحريم له) خلافا لهما . وقال المحققون من مشايخنا : للنهر حريم بقدر

وَلَوْ غَرَسَ شَجَرَةً فى أَرْضِ مَوَاتٍ فَحَرِيمُها مِنْ كُلِّ جانِبٍ خَمْسَةُ أَذْرُعٍ ، وَما عَدَلَ عَنْهُ الفُرَاتُ وَدِجْلَةُ يَجُوزُ إِحْياؤُهُ إِنْ لَمْ يُحْتَمَلْ عَوْدُهُ إِلَيْهِ ، وَإِنِ احْتُمِلَ عَوْدُهُ لا يَجُوزُ .

كتاب الشرب

وَهُوَ النَّصِيبُ مِنَ المَاءِ ، وَقِسْمَةُ المَاءِ بَيْنَ الشُّرَكاءِ

ما يحتاج إليه لإلقاء الطين ونحوه بالاتفاق . ثم قال أبو يوسف : حريمه مقدار عرض نصف النهر من كلّ جانب ، لأن المعتبر الحاجة الغالبة ، وذلك بنقل ترابه إلى حافتيه فيكفى ما ذكرنا . وقال محمد : عرض جميع النهر من كلّ جانب لأنه قد لايمكنه إلقاء التراب من الجانبين فيحتاج إلى إلقائه فى أحدهما فيقدّر فى كل طرف ببطن النهر والحوض على هذا الاختلاف . لهما أنه لاانتفاع بالنهر والحوض إلا بالحريم لأنه يحتاج إلى المشى فيه لتسييل المـاء ، ولا يكون ذلك عادة فى بطنه وإلى إلقاء الطين وأنه يحرج بنقله ، فوجب أن يكون له حريم كالبئر . وله أن الحريم على خلاف القياس لما مرّ تركناه فى البئر بالحديث ، ولأن الحاجة فى البئر أكثر لأنه لايمكن الانتفاع بماء البئر بدون الاستسقاء ولا استسقاء إلا بالحريم . أما النهر يمكن الانتفاع بمائه بدون الحريم . ثم قال (ولو غرس شجرة فى أرض موات فحريمها من كل جانب خمسة أذرع) ليس لغيره أن يغرس فيه ، لما روى « أن رجلا غرس شجرة فى أرض فلاة ، فجاء آخر وأراد أن يغرس شجرة إلى جانب شجرته ، فشكا الأول إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمر أن يؤخذ من شجرته جريدة فتذرع ، فبلغ خمسة أذرع ، فجعل له صلى الله عليه وسلم الحريم من كل جانب خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما وراء ذلك » هذا الحديث ذكره أبو داود فى سننه ، وذكر فى رواية « سبعة أذرع » . قال فى المحيط : هذا حديث صحيح يجب العمل به . قال (وما عدل عنه الفرات ودجلة يجوز إحياؤه إن لم يحتمل عوده إليه) لأنه كالموات وهو فى يد الإمام إذا لم يكن حريما لعامر (وإن احتمل عوده لايجوز) لحاجة العامة إليه ، والله عزّ وجلّ أعلم بالصواب .

كتاب الشرب

(وهو النصيب من المـاء) للأراضى وغيرها . قال الله تعالى ـ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ـ . قال (وقسمة المـاء بين الشركاء جائزة) وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يفعلونه فأقرّهم عليه ، وتعامله الناس إلى يومنا من غير نكير ، وهو قسمة باعتبار الحقّ دون الملك ، لأن المـاء غير مملوك فى النهر ، والقسمة تارة تكون باعتبار الملك ،

وَيَجُوزُ دَعْوَى الشِّرْبِ بِغَيْرِ أَرْضٍ ، وَيُورَثُ ، وَيُوصِى بِمَنْفَعَتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ وَلا يُبَاعُ ، وَلا يُوهَبُ ، وَلا يُتَصَدَّقُ بِهِ ، وَلا يَصْلُحُ مَهْرًا ، وَلا بَدَلاً فِى الخُلْعِ ، وَلا بَدَلاً فِى الصُّلْحِ عَنْ دَعْوَى المَالِ وَلا فِى القِصَاصِ .

وَالمِيَاهُ أَنْوَاعٌ : مَاءُ البَحْرِ ، وَهُوَ عَامٌّ لِجَمِيعِ الخَلْقِ الانْتِفَاعُ بِهِ بِالشَّفَةِ وَسَقْيِ الأَرَاضِي وَشَقِّ الأَنْهَارِ . وَالأَوْدِيَةُ وَالأَنْهَارُ العِظَامُ كَجَيْحُونَ وَسَيْحُونَ وَالنِّيلِ وَالفُرَاتِ وَدِجْلَةَ ، فَالنَّاسُ مُشْتَرِكُونَ فِيهِ فِى الشَّفَةِ وَسَقْيِ الأَرَاضِي وَنَصْبِ الأَرْحِيَةِ .

وتارة باعتبار الحقّ كقسمة الغنائم . قال (ويجوز دعوى الشرب بغير أرض) استحسانا لجواز أن يكون الشرب حقا له بدون الأرض بأن اشترى الأرض والشرب ثم باع الأرض وبقى الشرب أو ورثه ، وقد يملك بالإرث ما لايملك بالبيع كالقصاص والخمر ؛ وإذا شهدوا بشرب يوم من النهر لاتقبل إذا لم يقولوا من كم يوم ، ولو ادّعى أرضا على نهر شربها منه فشهدوا له بالأرض قضى بها وبحصتها من الشرب ، لأن الأرض لاتنفك عن الشرب ؛ ولو ادّعى الشرب وحده فشهدوا له لايقضى بشىء من الأرض . قال (ويورث ويوصى بمنفعته دون رقبته) لأنه حقّ مالى فيجرى فيه الإرث ، وجهالة الموصى به لاتمنع الوصية ، لأن الوصية من أوسع العقود حتى جازت للمعدوم وبالمعدوم . قال (ولا يباع ولا يوهب ، ولا يتصدّق به) للجهالة الفاحشة وعدم تصوّر القبض ، ولأنه ليس بمتقوّم حتى لوسقى به غيره لايضمن (ولا يصلح مهرا) لما بينا ويجب مهر المثل (ولا بدلا فى الخلع) حتى تردّ ما قبضت من المهر (ولا بدلا فى الصلح) عن دعوى المال (ولا فى القصاص) ويسقط القصاص وتجب الدية .

(والمياه أنواع) الأوّل (ماء البحر ، وهو عام لجميع الخلق الانتفاع به بالشفة وسقى الأراضى وشقّ الأنهار) لايمنع أحد من شىء من ذلك كالانتفاع بالشمس والهواء .

(و) الثانى (الأودية والأنهار العظام كجيحون وسيحون والنيل والفرات ودجلة ، فالناس مشتركون فيه فى الشفة وسقى الأراضى ونصب الأرحية) والدوالى إذا لم يضرّ بالعامة ، وذلك بأن يحيى مواتا ويشقّ نهرا لسقيها ليس فى ملك أحد لأنه مباح فى الأصل وغلبة الماء تمنع قهر غيره واستيلاءه عليه ، وإن كان يضرّ بالعامة فليس له ذلك ، لأن دفع الضرر عنهم واجب ، وذلك بأن يكسر ضفته فيميل الماء إلى جانبها فيغرق الأراضى والقرى ، وكذا شقّ الساقية للرحى والدالية .

وَمَا يَجْرِى فى نَهْرٍ خاصّ لِقَرْيَةٍ فَلِغَيْرِهِمْ فِيهِ شَرِكَةٌ فى الشَّفَةِ ؛ وَمَا أُحْرِزَ فى حُبّ وَنَحْوِهِ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا بِدُونِ إِذْنِ صَاحِبِهِ وَلَهُ بَيْعُهُ ، وَلَوْ كانَتِ البِئْرُ أَوِ العَيْنُ أَوِ النَّهْرُ فى مِلْكِ رَجُلٍ لَهُ مَنْعُ مَنْ يُرِيدُ الشَّفَةَ مِنَ الدُّخُولِ فى مِلْكِهِ إِنْ كانَ يَجِدُ غَيْرَهُ بِقُرْبِهِ فى أَرْضٍ مُباحَةٍ ، فإِنْ لَمْ يَجِدْ فإِمَّا أَنْ يَتْرُكَهُ يَأْخُذُ بِنَفْسِهِ أَوْ يُخْرِجَ المَاءَ إِلَيْهِ ، فانْ مَنَعَهُ وَهُوَ يَخافُ العَطَشَ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ مَطِيَّتِهِ قاتَلَهُ بالسِّلاحِ ، وفى المُحْرَزِ بالإِناءِ يُقاتِلُهُ بِغَيْرِ سِلاحٍ ، وَالطَّعامُ حالَةَ المَخْمَصَةِ كالمَاءِ المُحْرَزِ بالإِناءِ .

(و) الثالث (ما يجرى فى نهر خاصّ لقرية فلغيرهم فيه شركة فى الشفة) وهو الشرب والسقى للدوابّ ، ولهم أخذ الماء للوضوء وغسل الثياب والخبز والطبخ لاغير ، وإن أتى على الماء كله . روى أنه وردت على أبى حنيفة مسائل من خراسان فدفعها إلى زفر ليكتب فيها : منها رجل له ماء يجرى إلى مزارعه فيجىء رجل فيسقى إبله ودوابه منه حتى ينفذه كله هل له ذلك ؟ فكتب زفر : ليس له ذلك ، فعرضها على أبى حنيفة فغلطه وقال : لصاحب الإبل ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء فى ثلاث » الحديث ، والحديث يشمل الشُّربَ والشَّربْ ، إلا أن الشرب خصّ فى النهر الخاصّ دفعا للضرر عن أهله ، وبقى حقّ الشفعة للضرورة إما لشدّة الحاجة ، أو لأنه لايقدر على استصحاب الماء فى كلّ مكان . والبئر والحوض حكمهما حكم النهر الخاص .

(و) الرابع (ما أحرز فى حبّ ونحوه فليس لأحد أن يأخذ منه شيئا بدون إذن صاحبه وله بيعه) لأنه ملكه بالإحراز وصار كالصيد والحشيش إلا أنه لايقطع فى سرقته لقيام شبهة الشركة فيه بالحديث . قال (ولوكانت البئر أو العين أو النهر فى ملك رجل له منع من يريد الشفة من الدخول فى ملكه إن كان يجد غيره بقربه فى أرض مباحة ، فان لم يجد فاما أن يتركه يأخذ بنفسه) بشرط أن لايكسر ضفته (أو يخرج الماء إليه ، فان منعه وهو يخاف العطش على نفسه أو مطيته قاتله بالسلاح) لما روى أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا ، فسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا ، فقالوا لهم : إن أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تنقطع فأبوا أن يعطوهم ، فذكروا ذلك لعمر رضى الله عنه فقال : هلا وضعتم فيهم السلاح ؟ ولأنه منع المضطرّ عن حقه ، لأن حقه ثابت فى الشفة فكان له أن يقاتله بالسلاح (وفى المحرز بالإناء يقاتله بغير سلاح) لأنه ملكه بالإحراز حتى كان له تضمينه ، إلا أنه مأمور أن يدفع إليه قدر حاجته فبالمنع خالف الأمر فيؤدّبه (والطعام حالة المخمصة كالماء المحرز بالإناء) فى الإباحة والمقاتلة والضمان لما بينا ،

فصــل

كَرْىُ الأَنْهَارِ العِظَامِ عَلَى بَيْتِ المَالِ ، وَمَا هُوَ مَمْلُوكٌ لِلْعَامَّةِ فَكَرْيُهُ عَلَى أَهْلِهِ ، وَمَنْ أَبَى مِنْهُمْ يُجْبَرُ ،

ولو كان النهر أو البئر فى موات قد أحياه فليس له أن يمنع صاحب الشفة من الدخول إذا كان لايكسر المسناة ، لأن الموات كان مشتركا والإحياء لحق مشترك فلا يقطع حق الشفة . والأصل فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون » وفى رواية « الناس مشتركون فى ثلاث : فى الماء والكلأ والنار » أثبت الشركة فيها للناس كافة ، المسلمون والكفار فيه سواء فحكم الماء ما ذكرنا . وأما الكلأ إن كان فى أرض مباحة فالناس فيه شركاء فى الاحتشاش والرعى كاشتراكهم فى ماء البحر ، وإن كان فى أرض مملوكة وقد نبت بنفسه فهو كالنهر فى أرضه لايمنع عنه وله المنع من الدخول فى ملكه ، وإن لم يجد غيره فعلى التفصيل الذى ذكرنا فى الماء ، وإن أنبته فى أرضه فهو مملوك له ، والكلأ ما انبسط على الأرض ولا ساق له كالإذخر ونحوه ؛ أما ماله ساق فهو شجر وهو ملك لصاحب الأرض لأنه عليه الصلاة والسلام إنما أثبت الشركة فى الكلأ لافى الشجر ، والعوسج من الشجر . وأما النار فلو أوقد نارا فى مفازة فالجمر ملكه وليس له أن يمنع أحدا من الاستضاءة والاصطلاء وأن يتخذ منها سراجا ، لأن الجمر من الحطب وأنه ملكه والنور جوهر الجمر ، ولأنا لو أطلقنا الناس فى أخذ الجمر لم يبق له ما يصطلى به ولا ما يخبز ويطبخ به ، وإن أوقد النار فى ملكه فله أن يمنع غيره من الدخول فى ملكه لامن النار كما مر فى الماء والكلأ .

فصــل

(كرى الأنهار العظام على بيت المال) وهى التى لاتدخل فى المقاسم كسيحون وإخوته جيحون والنيل ودجلة والفرات وما شابهها ، لأن منفعتها للعامة فيكون فى مالهم ، فإن لم يكن فى بيت المال شىء أجبر الناس على كريه إذا احتاج إلى الكرى إحياء لحق العامة ودفعا للضرر عنهم ، لكن يخرج الإمام من يطيق العمل ويجعل مئونتهم على المياسير الذين لايطيقونه (وما هو مملوك للعامة فكريه على أهله) لأن منفعته لهم (ومن أبى منهم يجبر) دفعا للضرر العام ، وهو ضرر الشركاء بالضرر الخاص ، كيف وفيه منفعته فلا يعارضه وإن كان فيه ضرر عام بأن خافوا أن ينشق النهر فيخرج الماء إلى طريق المسلمين وأراضيهم ، فعليهم تحصينه بالحصص ، والنهر المملوك لجماعة مخصوصين فكريه عليهم ، ومن أبى منهم قيل يجبر لما مر ، وقيل لايجبر لأن كل واحد من الضررين خاص ، ويمكن دفعه بالكرى بأمر القاضى ، ثم يرجع على الآبى ، ولا كذلك الأول .

وَمَئُونَةُ الكَرْيِ إِذَا جَاوَزَ أَرْضَ رَجُلٍ تُرْفَعُ عَنْهُ (سم) ، وَلَيْسَ عَلَى **أَهْلِ** الشَّفَةِ شَيْءٌ مِنَ الكَرْيِ . نَهْرٌ لِرَجُلٍ يَجْرِي فِى أَرْضِ غَيْرِهِ لَيْسَ لِصَاحِبِ الأَرْضِ مَنْعُهُ . نَهْرٌ بَيْنَ قَوْمٍ اخْتَصَمُوا فِى الشِّرْبِ فَهُوَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ أَرَاضِيهِمْ ، وَلَيْسَ لِلأَعْلَى أَنْ يُسْكِرَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ إِلاَّ بِتَرَاضِيهِمْ ،

قال (ومئونة الكرى إذا جاوز أرض رجل ترفع عنه) وقالا : الكرى عليهم جميعا من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأراضى لأن الأعلى يحتاج إلى ما وراء أرضه لتسييل ما فضل من مائه كى لايغرق أهله . ولأبى حنيفة أنه متى جاوز الكرى أرضه تمكن من سقيها واندفعت حاجته فلا يلزمه ما بعد ذلك ، حتى لو أمكنه السقى بدون الكرى لايجب عليه الكرى وما ذكر من الحاجة يندفع بسده من أعلاه ، وليس على صاحب المسيل عمارته كمن له على سطح آخر مسيل ماء . وإذا جاوز الكرى أرض رجل هل له أن يفتح الماء ؟ قيل له ذلك لأن الكرى قد انتهى فى حقه ، وقيل لا ، لأنه لايختص بالانتفاع بالماء ، ولهذا جرت العادة بالكرى من أسفل النهر أو بترك بعضه من أعلاه . قال (وليس على أهل الشفة شيء من الكرى) لأنها شركة عامة . قال (نهر لرجل يجرى فى أرض غيره ليس لصاحب الأرض منعه) لأن صاحب النهر مستعمل له باجراء مائه عملا بالبينة ، وعلى هذا المصب فى نهر أو على سطح والميزاب والطريق فى دار غيره إلا أنه لا بدّ له أن يقول فى الدعوى مصب ماء الوضوء أو المطر أو غيره لمكان التفاوت . قال (نهر بين قوم اختصموا فى الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم) لأن المقصود من الشرب سقى الأرض فيقدّر بقدرها ، بخلاف الطريق لأن التطرق إلى الدار الواسعة والضيقة سواء ، ولو كان لبعض الأراضى ساقية وللبعض دالية ولاشيء للبعض وليس لها شرب معلوم فالشرب بينهم على قدر أراضيهم التى على حافة النهر ، لأن المقصود من النهر سقى الأرض لا اتخاذ السواقى والدوالى فيستوى حالهم فيما هو المقصود ، ولأن الأراضى فى الأصل لابدّ لها من شرب ؛ وإن كان لها شرب معروف من غير هذا النهر فلا حق له فى هذا النهر . قال (وليس للأعلى أن يسكر (١) حتى يستوفى إلا بتراضيهم) لما فيه من إبطال حق الباقين وهو منع الماء عنهم فى بعض المدة ، ولأنه يحتاج إلى إحداث شيء فى وسط النهر وربما ينكبس ما يحدث فيه عند السكر ، ورقبته مشتركة بينهم فلا يجوز لكن يشرب بحصته ، فاذا رضوا بذلك جاز لأن الحقّ لهم ، وكذلك لو اصطلحوا على أن يسكر كل واحد فى نوبته جاز لما قلنا . لكن لا يسكر إلا بلوح أو باب ولا يسكر بالطين والتراب لأنه يكبس النهر وفيه ضرر ، وإن

---

(١) والسكر : السد . قال فى مختار الصحاح : وسكر النهر : سده .

وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَشُقَّ مِنْهُ نَهْرًا ، أَوْ يَنْصِبَ عَلَيْهِ رَحًى أَوْ يَتَّخِذَ عَلَيْهِ جِسْرًا أَوْ يُوَسِّعَ فَمَهُ ، أَوْ يَسُوقَ شِرْبَهُ إلى أرضٍ لَيْسَ لَهَا شِرْبٌ إلاّ بِتَرَاضِيهِمْ ، وَلَوْ كانَتِ الْقِسْمَةُ بالكِوَى فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَقْسِمَ بالأيَّامِ ، وَلا مُنَاصَفَةً ، وَلا يَزِيدُ كَوَّةً ، وَإنْ كانَ لا يَضُرُّ بالباقِينَ .

كتاب المزارعة

وَهِيَ عَقْدٌ عَلَى الزَّرْعِ بِبَعْضِ الخارِجِ ، وَهِيَ جائِزَةٌ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ،

لم يسكر باللوح فبالتراب . قال (وليس لأحدهم أن يشق منه نهرا ، أوينصب عليه رحى ، أو يتخذ عليه جسرا أو يوسع فمه ، أو يسوق شربه إلى أرض ليس لها شرب إلا بتراضيهم) أما شق النهر ونصب الرحى فلأن فيه كسر ضفة النهر وشغل ملك الغير ببنيانه ، إلا أن لاتضر الرحى بالنهر ولا بالماء ويكون مكانها له خاص فيجوز ، لأنه تصرف فى ملكه من غير إضرار بالغير . وأما اتخاذ الجسر فهو كطريق خاص بين قوم والقنطرة كالجسر . وأما توسعة فمه لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه . وأما سوق شربه إلى أرض أخرى فلأنه ربما تقادم العهد فيدعيه ويستدل به على أنه له ، فاذا رضوا بذلك جاز لأنه حقهم . قال (ولوكانت القسمة بالكوى فليس لأحدهم أن يقسم بالأيام ، ولا مناصفة)لأن الحق ظهر بذلك فيترك على حاله ، إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما . قال (ولا يزيد كوة وإن كان لايضر بالباقين) لما بينا ، بخلاف النهر الأعظم لأن له أن يشق فيه نهرا مبتدأ فزيادة الكوة أولى .

كتاب المزارعة

(وهى) مفاعلة من الزراعة وهى الحرث والفلاحة ، وتسمى مخابرة ، مشتقة من خيبر « فإنه صلى الله عليه وسلم دفع خيبر مزارعة » فسميت المزارعة مخابرة لذلك ، أو من الخبير وهو الإكار ، أومن الخبرة بالضم : النصيب ، أومن الخبار : الأرض اللينة ، وتسمى المحاقلة مشتقة من الحقل وهوالزرع إذا تشعب قبل أن يغلظ سوقه ، وقيل الحقل : الأرض الطيبة الخالصة من شائبة السبخ الصالحة للزراعة وتسميه أهل العراق القراح . وفى الشرع (عقد على الزرع ببعض الخارج ، وهى جائزة عند أبي يوسف ومحمد) لأن النبى صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف مايخرج من تمر وزرع ، ولأن الحاجة ماسة إليها لأن صاحب الأرض قد لايقدر على العمل بنفسه ولا يجد ما يستأجر به والقادر على العمل

وَعِنْدَ أبي حَنِيفةَ هِيَ فاسِدَةٌ ، وَالْفَتْوَى عَلى قَوْلِهِما ، وَلا بُدَّ فِيها مِنَ التَّأْقِيت ، ومِنْ صَلاحِيَةِ الأرْضِ لِلزِّرَاعَةِ ، وَمِن مَعرِفَةِ مِقْدَارِ البَذْرِ ، وَمَعْرِفَةِ جِنْسِهِ ، وَنَصِيبِ الآخَرِ ، وَالتَّخْلِيَةِ بَيْنَ الأرْضِ وَالعامِلِ ، وأنْ يَكُونَ الخارِجُ مُشْتَرَكا بَيْنَهُما حَتَّى لَوْ شَرَطا لِأحَدِهِما قُفْزَانا مَعْلُومَةً ، أوْ ما عَلى السَّوَاقِى ، أوْ أنْ يأخُذَ رَبُّ البَذْرِ بَذْرَهُ ، أوِ الخَرَاجَ فَسَدَتْ ، وَإنْ شَرَطَ رَفْعَ العُشْرِ جازَ ،

لايجد أرضا ولا ما يعمل به ، فدعت الحاجة إلى جوازها دفعا للحاجة كالمضاربة (وعند أبي حنيفة هي فاسدة) لما روى رافع بن خديج قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعا ، نهانا إذا كان لأحدنا أرض أن نعطيها ببعض الخارج ثلثه أو نصفه ، وقال : من كانت له أرض فليزرعها أو يمنحها أخاه » وهذا متأخر عما كانوا يعتقدونه من الإباحة ويعملونه فاقتضى نسخه . وعن زيد بن ثابت قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قال : قلت وما المخابرة ؟ قال : أن تأخذ أرضا بثلث أو نصف أو ربع » وعن ابن عمر قال : كنا نخابر ولا نرى بذلك بأسا حتى ذكر رافع بن خديج « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة » فتركناه من أجل قوله ؛ ولأنه استئجار بأجرة مجهولة معدومة وذلك مفسد ؛ ولأنه استئجار ببعض مايحصل من عمله فلا يجوز كقفيز الطحان ، وحديث خيبر محمول على أنه خراج مقاسمة ، فانه عليه الصلاة والسلام لما فتح خيبر عنوة ترك خيبر على أهلها بوظيفة وظفها عليهم ، وهى نصف ما يخرج من نخيلهم وأراضيهم (والفتوى على قولهما) لحاجة الناس ، وقد تعامل بها السلف فصارت شريعة متوارثة وقضية متعارفة . قال الحصيرى : وأبو حنيفة هو الذى فرّع هذه المسائل على أصوله لعلمه أن الناس لايأخذون بقوله . قال (ولا بدّ فيها من التأقيت) لأنها تنعقد إجارة ابتداء وشركة انتهاء ، ولأنها ترد على منفعة الأرض والعامل فلا بدّ من تعيين المدة كالإجارة . قال (ومن صلاحية الأرض للزراعة) ليحصل المقصود إذ هى المحلّ . قال (ومن معرفة مقدار البذر) قطعا للمنازعة (ومعرفة جنسه) لأنه الأجرة (ونصيب الآخر) لأنه يستحقه عوضا بالشرط ، ولا بدّ أن يكون العوض معلوما . قال (والتخلية بين الأرض والعامل) لما مرّ فى المضاربة (وأن يكون الخارج مشتركا بينهما) لما مرّ فى المضاربة فكلّ شرط يؤدّى إلى قطع الشركة يفسدها (حتى لوشرطا لأحدهما قفزانا معلومة ، أو ماعلى السواقى ، أو أن يأخذ ربّ البذر بذره ، أو الخراج فسدت) لأنه يؤدّى إلى قطع الشركة ، وقد مرّ فى المضاربة . قال (وإن شرط رفع العشر جاز) لأنه لايؤدّى إلى قطع الشركة لأنه لابدّ أن يبقى بعده تسعة أعشار فتبقى الشركة فيه ، بخلاف الخراج والبذر لأنه قد لايخرج

وَإِذَا كَانَتِ الأَرْضُ وَالبَذْرُ لِوَاحِدٍ ، وَالعَمَلُ وَالبَقَرُ لِآخَرَ ، أَوْ كَانَتِ الأَرْضُ لِوَاحِدٍ وَالبَاقِى لِآخَرَ ، أَوْ كَانَ العَمَلُ مِنْ وَاحِدٍ وَالبَاقِى لِآخَرَ فَهِىَ صَحِيحَةٌ . وَإِذَا صَحَّتِ المُزَارَعَةُ فَالخَارِجُ عَلَى الشَّرْطِ ، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ شَىْءٌ فَلَا شَىْءَ لِلْعَامِلِ وَمَا عَدَا هٰذِهِ الوُجُوهَ فَاسِدَةٌ ،

إلا ذلك القدر أو أقلّ منه ، فيؤدى إلى قطع الشركة فيبطل . قال (وإذا كانت الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر ، أو كانت الأرض لواحد والباقى لآخر ، أو كان العمل من واحد والباقى لآخر فهى صحيحة) لأنه استئجار للأرض أو للعامل . أما الأوّل فلأنه استئجار للعامل والبقر آلة العمل فكانت تابعة له لا يقابلها أجرة كابرة الخياط . وأما الثانى فهو استئجار الأرض ببعض معلوم فصار كالدراهم المعلومة . وأما الثالث فهو استئجار للعامل ليعمل بآلة المستعمل كما إذا شرط على الخياط أن يخيط بابرة صاحب الثوب (وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) عملا بالتزامهما ، قال عليه الصلاة والسلام « المؤمنون عند شروطهم » (فان لم يخرج شيء فلا شيء للعامل) لأنها شركة فى الخارج ولا خارج وصار كالمضارب إذا لم يربح ، وإن كانت إجارة فقد عين الأجرة فلا يستحقّ غيرها ، بخلاف الفاسدة ، لأن أجر المثل يتعلق بالذمة فلا يفوت بفوات الخاوج . قال (وما عدا هذه الوجوه فاسدة) وهى ثلاثة أيضا : وهى أن يكون البقر والآلات من ربّ الأرض والبذر من العامل ، أو يكون البذر من أحدهما والباقى من الآخر ، أو تكون الأرض من واحد والبقر من آخر والبذر من آخر والعمل من آخر . أما الأوّل فمذكور رواية الأصل . وروى عن أبى يوسف رحمه الله جوازه لأنه استئجار الأرض ببعض الخارج فيجوز ويجعل البقر تبعا للأرض كما تجعل تبعا للعامل . وجه الظاهر أن منفعة البقر من جنس منفعة العامل لأن الكلّ عمل فأمكن جعلها تبعا للعامل وليست من جنس منفعة الأرض ، لأن منفعة الأرض قوّة فى طبعها بخلق الله تعالى يحصل بها النماء فلا يمكن جعلها تبعا . وأما الثانى فلأنه شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع . وأما الثالث فلما روى أن أربعة اشتركوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبل أحدهم الأرض ، ومن قبل الآخر البذر ، ومن قبل الآخر البقر ، ومن قبل الآخر العمل فأبطلها عليه الصلاة والسلام . قال أبو جعفر الطحاوى رحمه الله فى شرح الآثار : فزرعوا ثم حصدوا ثم أتوا النبىّ صلى الله عليه وسلم ، فجعل الزرع لصاحب البذر ، وجعل لصاحب العمل أجرا معلوما ، وجعل لصاحب الفدان كل يوم درهما ، وألغى الأرض فى ذلك . ووجه آخر فاسد أيضا ، وهو أن يكون البذر والبقر من جانب والعمل والأرض من جانب ، لما مرّ فى الوجه الثانى .

وَإِذَا فَسَدَتْ فَالخَارِجُ لِصَاحِبِ البَذْرِ ، وَلِلآخَرِ أَجْرُ عَمَلِهِ أَوْ أَجْرُ أَرْضِهِ لايُزَادُ عَلَى قَدْرِ المُسَمَّى (م) ، وَلَوْ شَرَطَا التِّبْنَ لِرَبِّ البَذْرِ صَحَّ ، وَإِنْ شَرَطَاهُ لِلآخَرِ لايَصِحُّ ، وَإِنْ عَقَدَاهَا فَامْتَنَعَ صَاحِبُ البَذْرِ لَمْ يُجْبَرْ ، وَإِنِ امْتَنَعَ الآخَرُ أُجْبِرَ إلاَّ أَنْ يَكُونَ عُذْرٌ تُفْسَخُ بِهِ الإجارَةُ فَتُفْسَخُ بِهِ المُزَارَعَةُ ،

قال (وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر) لأنه نماء ملكه ، والآخر إنما يستحقه بالتسمية وقد فسدت (وللآخر أجر عمله) إن كان البذر من ربّ الأرض (أو أجر أرضه) إن كان البذر من قبل العامل (لايزاد على قدر المسمى) لأنه رضى بقدر المسمى . وقال محمد رحمه الله : تجب بالغة ما بلغ ، وقد سبق فى الإجارة . وإذا كان البذر لربّ الأرض فى المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لأنه نماء بذره فى أرضه ، وإن كان من العامل طاب له قدر بذره وقدر أجر الأرض ، وتصدّق بالفضل لأنه حصل من بذره لكن فى أرض مملوكة للغير بعقد فاسد أوجب خبثا ، فما كان عوض ماله طاب له وتصدّق بالفضل ، و إن شرطا عملهما جميعا فهى فاسدة ، لأن البذر إن كان من صاحب الأرض وقد شرط عمله لم توجد التخلية بين الأرض والعامل ، وقد بينا أنها شرط ؛ وإن كان من العامل فالعامل قد استأجر الأرض ، فاذا شرط عمل صاحبها لم يسلم له ما استأجر فيبطل ، ولو شرطا الخارج كله لأحدهما والبذر من صاحب الأرض جاز ، فان شرطاه له يكون مستعينا بالعامل ليزرع أرضه ، وإن شرطاه للعامل يكون إجارة للأرض وإقراضا للبذر منه ؛ وإن كان البذر من العامل فان شرطاه لربّ الأرض فسدت ، والخارج لربّ البذروعليه مثل أجر الأرض لأنه يصير مستأجرا للأرض بجميع الخارج وأنه يقطع الشركة ، وإن شرطاه للعامل جاز ويكون معيرا أرضه منه . قال (ولو شرطا التبن لربّ البذر صحّ) معناه بعد شرط الحبّ بينهما لأنه حكم العقد لأن التبن من البذر (وإن شرطاه للآخر لايصحّ) لأنه ربما لايخرج إلا التبن ، وهو إنما يستحقه بالشرط ، ولو شرطا الحبّ نصفين ولم يتعرّضا للتبن صحت الشركة فى المقصود ، والتبن لربّ البذر لأنه نماء بذره ، وقيل بينهما تبعا للحبّ ؛ ولو شرطا التبن لأحدهما والحبّ للآخرفهى فاسدة لأنه ربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب. قال (وإن عقداها فامتنع صاحب البذر لم يجبر) ولا شىء عليه من عمل الكراب فى القضاء ، ويلزمه ديانة أن يرضيه لأنه غرّه ؛ والأصل فيه أن المزارعة غير لازمة فى حقّ صاحب البذر لأنه لايمكنه الوفاء بالعقد إلا باتلاف ماله وهو البذر ، وهى لازمة فى حقّ الآخر ، لأن منفعة العامل أو منفعة الأرض صارت مستحقة للآخر فيجب عليه تسليمها . قال (وإن امتنع الآخر أجبر) لأن العقد لازم كالإجارة ولا ضرر عليه فى الوفاء به (إلا أن يكون عذر تفسخ به الإجارة فتفسخ به المزارعة) لأنها فى معنى الإجارة ؛ وإذا لزم ربّ الأرض دين واحتاج

وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ الْكِرَابِ وَحَفْرِ الْأَنْهَارِ ، وأُجْرَةُ الْحَصَادِ وَالرِّفَاعِ وَالدِّيَاسِ وَالتَّذْرِيَةِ عَلَيْهِمَا بِالْحِصَصِ ، وَلَوْ شَرَطَا ذَلِكَ عَلَى الْعَامِلِ لَا يَجُوزُ ؛ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ جَوَازُهُ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى ؛ وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بَطَلَتْ ؛

إلى بيعها فيه باعها الحاكم كما فى الإجارة (وليس للعامل أن يطالبه بأجرة الكراب وحفر الأنهار) لأن المنافع إنما تتقوّم بالعقد وإنما قوّمت بالخارج وقد انعدم ؛ ولو نبت الزرع ولم يحصد لاتباع الأرض حتى يستحصد لما فيه من إبطال حقّ المزارع وتأخير حق ربّ الدين أهون ، ولا يحبسه القاضى لأنه ليس بظالم والحبس جزاء الظلم . قال (وأجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص) لأن العقد انتهى بانتهاء الزرع لحصول المقصود ، فبقى مالا مشتركا بينهما بغير عقد فتكون مئونته عليهما ؛ فان أنفق أحدهما بغير إذن الآخر ولا أمر القاضى فهو متبرّع ، إذ لاولاية له عليه (ولو شرطا ذلك على العامل لايجوز) وأصله أنه متى شرط فى المزارعة ما ليس من أعمالها فسدت ، لأنه شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لأحدهما فصار كاشتراط الحمل عليه (وعن أبى يوسف جوازه ، وعليه الفتوى) للتعامل كالاستصناع ؛ ولو شرطا ذلك على ربّ الأرض لايجوز بالإجماع لعدم التعارف ، وإن شرطا ما هو من أعمال الزراعة لايفسدها ، وهو كلّ عمل ينبت ويزيد فى الخارج ، وما لاينبت ولا يزيد ليس من عملها ، وكلّ شرط ينتفع به ربّ الأرض بعد انقضاء المدّة يفسدها ، ككرى الأنهار ، وطرح السرقين فى الأرض ، وبناء الحائط ، وتثنية الكراب ؛ وقيل إن كانت المزارعة سنتين لاتفسد فى التثنية ، لأن منفعته لاتبقى ؛ وقيل إن كان فى الخضرة لاتفسد أيضا ، لأن منفعته لاتبقى بعدها ، فانه لو كرب مرارا لاتبقى منفعته بسقى واحد ، ولو بقيت فسدت .

واختلفوا فى التثنية ، قيل هو أن يكربها مرّتين وهو المشهور وفيه الكلام ؛ وقيل أن يكربها بعد الحصاد ويسلم الأرض مكروبة ، وهذا فاسد بكلّ حال ، فكل عمل قبل الإدراك مما يحصل به الخارج كالحفظ والسقى على العامل ، لأن رأس المال العمل ، وما بعد الإدراك قبل القسمة عليهما على ما ذكرنا كالحصاد وإخوته ، وما بعد القسمة كالحمل والطحن عليهما بالإجماع ؛ ولو أراد فصل الزرع قصيلا أو جذاذ الثمرة بسرا أو التقاط الرطب فهو عليهما ، لأنهما أنهيا العقد بعزمهما فصار كما بعد الإدراك . قال (وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت) لما مرّ فى الإجارة ، ولو مات ربّ الأرض والزرع لم يستحصد ترك حتى يحصد مراعاة للحقين وينتقض فيما بقى إن كان العقد على أكثر من سنة ، لأن

وَإِذَا انْقَضَتِ الْمُدَّةُ وَلَمْ يُدْرِكِ الزَّرْعُ فَعَلَى الْمُزَارِعِ أَجْرَةُ نَصِيبِهِ مِنَ الأَرْضِ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ ، وَنَفَقَةُ الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا حَتَّى يُسْتَحْصَدَ .

كتاب المساقاة

وَهِيَ كَالْمُزَارَعَةِ فِى الْخِلافِ وَالْحُكْمِ وَفِى الشُّرُوطِ إِلاَّ الْمُدَّةَ ،

بقاءه فى السنة الأولى لما بينا من العذر ، وقد زال ولا ضرر فيه على العامل لما تقدّم ، ولو مات بعد ما كرب وحفر انتقضت ، ولا شيء للعامل فى مقابلة عمله ، وقد مرّ . قال (وإذا انقضت المدّة ولم يدرك الزرع فعلى المزارع أجرة نصيبه من الأرض حتى يستحصد) لأن إبقاء الزرع بأجرة المثل نظرا للجانبين . قال (ونفقة الزرع عليهما حتى يستحصد) لانتهاء العقد فصار عملا فى مال مشترك فيكون عليهما ؛ ولو مات ربّ الأرض والزرع بقل ، فالعمل على العامل لبقاء العقد ببقاء مدّته .

فصـــل

ومن سقى أرضه فسال من مائه إلى أرض غيره فغرقها أو نزت إليها فلا ضمان عليه . معناه : إذا سقاه سقيا معتادا ، أما إذا كان غير معتاد ضمن لأنه متعدّ ، لأنه تسبب لتغريق أرض الغير غالبا ، ولو كان فى أرضه جحر فأرة فخرج منه الماء إلى أرض جاره فغرقت إن لم يعلم به لم يضمن لعدم التعدّى ، وإن علم ضمن للتعدّى ، وعلى هذا إذا فتح رأس نهره فسال إلى أرض جاره فغرقت إن كان معتادا لايضمن وإلا ضمن ؛ وكذا لو أحرق الكلأ والحصائد فى أرضه فذهبت النار فأحرقت شيئا لغيره إن كان إيقادا معتادا لايضمن وإلا ضمن ؛ وقيل إن كان يوم ريح وعلم أن النار تتعدّى ضمن .

كتاب المساقاة

وتسمى معاملة ، مفاعلة من السقى والعمل ، وهى أن يقوم بما يحتاج إليه الشجر من تلقيح وعسف وتنظيف السواقى وسقى وحراسة وغير ذلك (وهى كالمزارعة فى الخلاف والحكم) وقد مرّ . قال (وفى الشروط إلا المدّة) والقياس أن تذكر المدّة لما فيها من معنى الإجارة ؛ وفى الاستحسان يجوز وإن لم يبينها ، وتقع على أوّل ثمرة تخرج ، لأن وقت إدراك الثمرة معلوم والتفاوت فيه قليل ويدخل فيه المتيقن ، بخلاف الزرع فانه يختلف كثيرا ابتداء وانتهاء ، ربيعا وخريفا وغير ذلك ، وفى الرطبة إدراك بذرها لأن له نهاية معلومة ، معناه : إذا دفعها بعد ما تناهى نباتها ولم تخرج البذر فيقوم عليها ليخرج البذر ،

وَإِنْ سَمَّيا مُدَّةً لاتَخْرُجُ الثَّمَرَةُ فى مِثْلِها فَهِيَ فاسِدَةٌ ، وَإِنْ دَفَعَ نَخْلا أَوْ أُصولَ رَطْبَةٍ لِيَقُومَ عَلَيْها وأطْلَقَ لايَجُوزُ فى الرَّطْبَةِ إلاَّ بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَتَجُوزُ المُساقاةُ فى الشَّجَرِ وَالكَرْمِ وَالرِّطابِ وأصُولِ الباذِنْجانِ إذَا كانَتْ تَزِيدُ بالسَّقْيِ وَالعَمَلِ وَتَبْطُلُ بالمَوْتِ .

أما إذا دفعها وقد نبتت ، أو دفع البذر ليبذره فهى فاسدة ؛ وإن كان وقت جزّها معلوما جاز ؛ ويقع على الجزّة الأولى كالثمرة فى الشجر ؛ ولو دفع غرس شجر أو كرم قد علق ولم تبلغ الثمرة على أن يقوم عليه والخارج نصفان فهى فاسدة لجهالة المدة ، فانه يختلف بقوّة الأرض وضعفها ، ولا يدرى متى تحمل ، فان سميا مدة يعلم أنها تثمر فيه جاز . قال (وإن سميا مدة لاتخرج الثمرة فى مثلها فهى فاسدة) لفوات المقصود وهى الشركة فى الخارج وإن شرطا وقتا قد تدرك الثمرة فيه وقد تتأخر عنه فهى موقوفة لأنا لانتيقن بفوات المقصود، فان أدركت فيه تبين أنها كانت جائزة ، وإن لم تدرك ففاسدة ، وله أجر مثله لفساد العقد ، وكذلك إن أخرجت فى تلك السنة مالا يرغب فيه ، وإن أحاك فى تلك السنة فلم تخرج شيئا فهى جائزة ، لأنه متى كان خروج الثمرة موهوما انعقدت موقوفة فلا تنقلب فاسدة . قال (وإن دفع نخلا أو أصول رطبة ليقوم عليها وأطلق لايجوز فى الرطبة إلا بمدة معلومة) لأنه ليس لها نهاية معلومة ، لأنها تنمو ما تركت فى الأرض فجهلت المدة ، ومعناه إذا لم يعلم وقت جوازها على ماتقدّم . قال (وتجوز المساقاة فىالشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) لأن لعمله تأثيرا فى نمائه وجودته لعموم الحاجة فى الكلّ ، وأهل خيبر كانوا يعملون فى الأشجار والرطاب ، وإنما يجوز ذلك (إذا كانت تزيد بالسقى والعمل) كالطلع والبلح والبسر ونحو ذلك حتى يكون لعمله أثر يستحقّ به شيئا من الخارج حتى لودفعها وقد انتهت الثمرة فى العظم ولا تزيد بعمله لايجوز ، لأنه لاأثر لعمله وهو إنما يستحقّ به ، ومتى فسدت المساقاة فله أجر مثله وقد بيناه ، وعلى هذا الزرع إن دفعه وهو بقل جاز ، وإن كان قد استحصد لايجوز . قال (وتبطل بالموت) لأنها فى معنى الإجارة وقد مرّ ، فان مات ربّ الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه حتى تدرك الثمرة ، وإن أبى الورثة ذلك دفعا للضرر عنه ولا ضرر عليهم فى ذلك ؛ ولوأراد العامل قطعه وإدخال الضرر على نفسه فالورثة بالخيار ، إما أن يقسموا البسر على الشرط ، أو يعطوه قيمة نصيبه بسرا ، أو ينفقوا على البسر ويرجعوا به على العامل ، لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم ، ودفعه متعين بما ذكرنا وإن مات العامل فلورثته أن يقوموا مقامه ، وإن كره رب الأرض لما ذكرنا وفيه نظر للجانبين وإن أرادوا قطعه بسرا فلصاحب الأرض الخيارات الثلاث على ما بينا ، وإن ماتا فورثة كلّ واحد كالمورث ونظيره فى المزارعة إذا مات المزارع وقد نبت الزرع

فلورثته أن يقوموا مقامه ، وإن أبى ربّ الأرض لما بينا وإن أرادوا قلعه فللمالك الخيارات الثلاث على ما بينا ، وإذا انقضت مدّة المساقاة فهو كالموت ، وللعامل أن يقوم عليها حتّى تدرك ولا أجر عليه ، بخلاف المزارعة ، لأن الأرض يجوز استئجارها ولا يجوز استئجار الشجر والعمل كله على العامل ، بخلاف المزارعة حيث تكون عليهما ، لأنه لاأجر عليه هنا ، فيكون العمل عليه حتّى ينتهى . أما فى المزارعة لما وجب عليه مثل نصف أجر الأرض لايستحقّ عليه العمل ، وتفسخ بالأعذار كما فى الإجارة ؛ ومما يختصّ بها من الأعذار كون العامل سارقا يسرق السعف والخشب والثمرة قبل الإدراك ، لأنه يلزم المالك ضرر لم يلتزمه ؛ ومنها مرض العامل إذا أعجزه عن العمل لأنه يلزمه الاستئجار بزيادة أجر وأنه ضرر لم يلتزمه ، وليس للمالك الفسخ بغير عذر لما بينا فى المزارعة أن المساقاة تلزم من الجانبين .

كتاب النكاح

وهو فى اللغة الضمّ والجمع ، ومن أمثالهم : أنكحنا الفرا فسنرى (١) : أى جمعنا بين حمار الوحش والأتان لننظر مايتولد منهما ، يضرب مثلا لقوم يجتمعون على أمر لايدرون ما يصدرون عنه . وحكى المبرّد عن البصريين وغلام ثعلب عن الكوفيين : أن النكاح عبارة عن الجمع والضمّ . وفى الشرع عبارة عن ضمّ وجمع مخصوص وهو الوطء ، لأن الزوجين حالة الوطء يجتمعان وينضمّ كلّ واحد إلى صاحبه حتّى يصيرا كالشخص الواحد ، وقد يستعمل فى العقد مجازا لما أنه يئول إلى الضمّ ، وإنما هو حقيقة فى الوطء ، فمتى أطلق النكاح فى الشرع يراد به الوطء لقوله عليه الصلاة والسلام « ولدت من نكاح » أى من وطء حلال ، وقوله « يحلّ للرجل من امرأته الحائض كلّ شىء إلا النكاح » وقد ورد فى أشعار العرب بمعنى الوطء أيضا . قال الأعشى :

ومنكوحة غير ممهورة وأخرى يقال له فادها

يعنى مسبية موطوءة بغير عقد ولا مهر . وقال آخر :

ومن أيم قد أنكحتها رماحنا وأخرى على عمّ وخال تلهف

(١) قوله أنكحنا الفرافسنرى ، قال فى مجمع الأمثال للميدانى فى كتابته على هذا المثل ما نصه : قاله رجل لامرأته حين خطب إليه ابنته رجل وأبى أن يزوّجه ، فرضيت أمها بتزويجه فغلبت الأب حتى زوّجها منه بكره وقال : أنكحنا الفرا فسنرى ، ثم أساء الزوج العشرة فطلقها . يضرب فى التحذير من سوء العاقبة اه .

النِّكاحُ حالَةَ الاعْتِدالِ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ مَرْغُوبَةٌ ، وَحالَةَ التَّوَقانِ وَاجِبٌ ، وَحالَةَ الخَوْفِ مِنَ الجَوْرِ مَكْرُوهٌ . وَرُكْنُهُ الإيجابُ وَالقَبُولُ . وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ ماضِيَيْنِ ، أَوْ بِلَفْظَيْنِ أَحَدُهُما ماضٍ وَالآخَرُ مُسْتَقْبَلٌ ، كَقَوْلِهِ زَوِّجْنِي ، فَيَقُولُ زَوَّجْتُكَ ؛

يعنى وطء المسبية بالرماح إلى غيرها من الأشعار الكثيرة ، وإنما يفهم منه العقد بقرينة قوله تعالى ـ فانكحوهن باذن أهلهن ـ لأن الوطء لايتوقف على إذن الأهل ، وكذلك قوله تعالى ـ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ـ الآية ، لأن العقد هو الذى يختص بالعدد دون الوطء ، وكذا قوله صلى الله عليه وسلم « لانكاح إلا بشهود » لأن الشهود لايكونون على الوطء ، ولأنهما حالة العقد مفترقان ، وإنما يطلق عليه النكاح لإفضائه إلى الضم كقوله تعالى ـ إنى أرانى أعصر خمرا ـ وهو عقد مشروع مستحب مندوب إليه ، ثبتت شرعيته بالكتاب وهو قوله تعالى ـ وأنكحوا الأيامى منكم ـ وقوله ـ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ـ وبالسنة قال صلى الله عليه وسلم « تناكحوا تكثروا فانى أباهى بكم الأمم يوم القيامة » وقال « النكاح سنتى فمن رغب عن سنتى فليس منى » والنصوص فى ذلك كثيرة والآثار فيه غزيرة ، وعلى شرعيته إجماع الأمة .

قال (النكاح حالة الاعتدال سنة مؤكدة مرغوبة ، وحالة التوقان واجب ، وحالة الخوف من الجور مكروه) أما الأول فلما تقدم من النصوص ، فبعضها أمر وأنه يقتضى الترغيب والتأكيد على فعله ، وكذلك الحديث الثانى ناطق بكونه سنة ، ثم أكده حيث علق بتركه أمرا محذورا ، وأنه من خصائص التأكيد كما فى سنة الفجر ، ولأنه صلى الله عليه وسلم واظب عليه مدة عمره وأنه آية التأكيد . وأما الثانى فلأن حالة التوقان يخاف عليه أو يغلب على الظن وقوعه فى محرم الزنا ، والنكاح يمنعه عن ذلك فكان واجبا ، لأن الامتناع عن الحرام فرض واجب . وأما الثالث فلأن النكاح إنما شرع لما فيه من تحصين النفس ومنعها عن الزنا على سبيل الاحتمال وتحصيل الثواب المحتمل بالولد الذى يعبد الله تعالى ويوحده ، والذى يخاف الجور والميل يأثم بالجور والميل ويرتكب المنهيات المحرمات فينعدم فى حقه المصالح لرجحان هذه المفاسد عليها ، وقضيته الحرمة إلا أن النصوص لاتفصل فقلنا بالكراهة فى حقه عملا بالشبهين بالقدر الممكن (وركنه الإيجاب والقبول) لأن العقد يوجد بهما ، وركن الشىء ما يوجد به كأركان البيت . قال (وينعقد بلفظين ماضيين) كقوله زوجتك ، وقول الآخر تزوجت أو قبلت ، لأن هذا اللفظ يستعمل للإنشاء شرعا للحاجة ولا خلاف فيه (أو بلفظين أحدهما ماض ، والآخر مستقبل ، كقوله زوجنى ، فيقول زوجتك) لأن قوله زوجنى توكيل ، والوكيل يتولى طرفى النكاح على ما نبينه . وروى المعلى

وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ وَالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالتَّمْلِيكِ وَالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ (ف)، وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ المُسْلِمِينَ إِلَّا بِحُضُورِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَلَا بُدَّ فِى الشُّهُودِ مِنْ صِفَةِ الحُرِّيَّةِ وَالإِسْلَامِ ، وَلَا تُشْتَرَطُ العَدَالَةُ (ف) :

عن أبى يوسف عن أبى حنيفة لو قال : جئتك خاطبا ابنتك ، أو لتزوّجنى ابنتك ، أو زوّجنى ابنتك ، فقال الأب : قد زوّجتك فالنكاح لازم ، وليس للخاطب أن لايقبل ، ولا يشبه البيع لأن مبناه على المسامحة والمساهلة ، والبيع على المماكسة والمساومة ؛ ولو قال لها : أنا أتزوّجك ، فقالت قد فعلت ، جاز ولزم ، لأن قوله أتزوجك بمعنى تزوّجتك عرفا بدلالة الحال كما فى كلمة الشهادة ، ولو قال أتزوّجنى فقال الآخر زوّجتك لاينعقد النكاح لأنه استخبار واستيعاد لاأمر وتوكيل ، ولو أراد به التحقيق دون الاستخبار والسوم ينعقد به . قال (وينعقد بلفظ النكاح والتزويج) لأنهما صريح فيه . قال (والهبة والصدقة والتمليك والبيع والشراء) لأن هذه الألفاظ تفيد الملك ، وأنه سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة كما فى ملك اليمين والسببية من طرق المجاز . وأما لفظ الإجارة فروى ابن رستم عن محمد أنه لاينعقد بها ، وهو اختيار أبى بكر الرازى ، لأن الإجارة لاتفيد ملك المتعة ولأنها تنبئ عن التأقيت ، ولا تأقيت فى النكاح . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يجوز وهو اختيار الكرخى ، قال : لأن الله تعالى سمى المهر أجرا فينعقد بلفظ الإجارة كالإجارة . وعن محمد : لو قال : أوصيت لك بابنتى للحال ينعقد ، وإن أوصى بها مطلقا لاينعقد لأنها توجب الملك معلقا بشرط الموت ، والأصل فيه ما قاله أصحابنا : كلّ لفظ يصحّ لتمليك الأعيان مطلقا ينعقد به النكاح . وروى ابن رستم عن محمد أنه قال : كل لفظ يكون فى الأمة تمليكا للرقّ فهو نكاح فى الحرّة . قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور رجلين ، أو رجل وامرأتين ، ولا بدّ فى الشهود من صفة الحرية والإسلام ، ولا تشترط العدالة) فالشهود شرط لقوله عليه الصلاة والسلام « لانكاح إلا بشهود » وروى ابن عباس عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « الزانية التى تنكح نفسها بغير بينة » وأما صفة الشهود ، قال أصحابنا : كلّ من ملك القبول بنفسه انعقد العقد بحضوره ومن لا فلا ، وهذا صحيح لأن كلّ واحد من الشهادة والقبول شرط لصحة العقد فجاز اعتبار أحدهما بالآخر ، ولا بدّ فيه من اعتبار الحرّية والعقل والبلوغ فى الشاهد ، لأن العبد والصبىّ والمجنون ليسوا من أهل الشهادة لما مرّ فى الشهادات ولا يملكون القبول بأنفسهم ؛ ولا بدّ من اعتبار الإسلام فى نكاح المسلمين لعدم ولاية الكافر على المسلم ؛ ويجوز بشهادة رجل وامرأتين اعتبارا بالشهادة على المال على ما بيناه فى الشهادات ، وينعقد بحضور الفاسقين ، لأن النصّ لايفصل ولأنه يملك القبول بنفسه كالعدل ، ولأنه غير مسلوب الولاية عن نفسه فلا يسلبها عن غيره لأنه من جنسه ، ولأنه تحمل فيجوز ، لأن الفسق

وَيَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ العُمْيانِ . وَإِذَا تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذِمِّيَّةً بِشَهَادَةِ ذِمِّيَيْنِ جازَ (م) ، وَلا يَظْهَرُ عِنْدَ جُحُودِهِ .

وَيَحْرُمُ عَلى الرَّجُلِ نِكاحُ أُمِّهِ وَجَدَّاتِهِ وَبِنْتِهِ وَبَنَاتِ وَلَدِهِ وَأُخْتِهِ وَبِنْتِها وَبِنْتِ أخِيهِ وَعَمَّتِهِ وَخالَتِهِ وَأُمِّ امْرأتِهِ وَبِنْتِها إنْ دَخَلَ بِهَا وامْرأةِ أبِيهِ وأجْدادِهِ وَبَنِيهِ وَبَنِي أوْلادِهِ وَالجَمْعُ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ نِكاحا وَوَطْئا بِمِلْكِ يَمِينٍ ؛ وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضاعِ مَنْ ذَكَرْنا مِنَ النَّسَبِ .

يؤثر فى الشهادة للتهمة وذلك عند الأداء . أما التحمل فأمر مشاهد لاتهمة فيه ، وانعقاد النكاح لايتوقف على شهادة من يثبت بشهادته كمن ظاهره العدالة ولا يعلم باطنه ، ولهذا ينعقد بشهادة ابنيهما وابنيها من غيرها ، ولا يظهر بشهادتهم عند دعوى القريب لما أن العقد لايتوقف إلا على الحضور لاعلى من يثبت بشهادته . قال (وينعقد بشهادة العميان) لأنهم من أهل الشهادة حتى لو حكم بها حاكم جاز لأنه مجتهد فيه ، فان مالكا يجوّز شهادته وأبا يوسف يجيزها إذا تحملها بصيرا ، وإذا كان من أهل الشهادة صار كالبصير لأنه يملك القبول بنفسه ، والمحدود فى القذف إن تاب فهو من أهل الشهادة ، حتى لو حكم بشهادته حاكم جاز ، وإن لم يتب فهو فاسق وقد مرّ . قال (وإذا تزوّج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز ولا يظهر عند جحوده) وقال محمد : لايجوز لأنه لاشهادة للكافر على المسلم ، والسماع فى النكاح شهادة فصار كأنهم سمعوا كلام المرأة وحدها . ولهما أن العقد يثبت بشهادتهما لو جحدت ؛ وإذا جاز أن يثبت بشهادتهما فلأن ينعقد بحضرتهما أولى ، ولأن الانعقاد لايتوقف على سماع من يثبت به العقد لما مرّ ، ولأن سماع الكفار صحيح فى حقّ المسلم حتى لو أسلما بعد ما سمعا ذميين جازت شهادتهما ، ولأن الشهادة شرطت فى الانعقاد لإثبات الملك إظهارا لخطر المحل لا لوجوب المهر لما بينا وقد وجدت فيثبت الملك ، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلامه ، لأن العقد إنما ينعقد بكلامه والشهادة على العقد شرط .

فصل فى المحرمات

(ويحرم على الرجل نكاح أمه وجداته وبنته وبنات ولده وأخته وبنتها وبنت أخيه وعمته وخالته وأمّ امرأته وبنتها إن دخل بها وامرأة أبيه وأجداده وبنيه وبنى أولاده والجمع بين الأختين نكاحا ووطئا بملك يمين ، ويحرم من الرضاع من ذكرنا) ما يحرم (من النسب)

اعلم أن المحرّمات بكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم تسعة أقسام : بالقرابة ، وبالصهرية ، وبالرضاع ، وبالجمع ، وبالتقديم ، وبتعلق حقّ الغير به ، وبالملك ،

. . . .

وبالكفر ، وبالطلقات الثلاث . فالمحرّمات بالقرابة سبعة أنواع : الأمّهات وإن علون ، والبنات وإن سفلن ، والأخوات من أيّ جهة كنّ ، والخالات والعمات جميعهنّ ، وبنات الأخ وبنات الأخت وإن سفلن فهن محرّمات بنصّ الكتاب نكاحا ووطئا ، ودواعيه على التأبيد ، قال الله تعالى ـ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ـ نصّ على التحريم مطلقا فيقتضى حرمة جميع الأفعال فى المحلّ المضاف إليه التحريم إلا فعلا فيه تعظيم وتكريم فانه خارج عن الإرادة ، إما لأنه مأمور به بالنصوص الموجبة لصلة الرحم وبرّ الوالدين والإحسان بهما ، أو لوجوب ذلك عقلا ، أو بالإجماع . وما عداهنّ من القرابات محللات بقوله تعالى ـ وأحلّ لكم ما وراء ذلكم ـ . والمحرّمات بالصهرية أربعة : أمّ امرأته وبناتها ، فتحرم أمها بنفس العقد على البنت . قال تعالى ـ وأمهات نسائكم ـ مطلقا ، ولا تحرم البنت حتى يدخل بالأم ، قال تعالى ـ وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهنّ ـ الآية ، وتحرم الربيبة وإن لم تكن فى حجر الزوج ، وذكر الحجر فى الآية خرج مخرج العادة لا للشرط ، وكذا بنات بنت المرأة وبنات ابنها لدخولهنّ تحت اسم الربيبة ، وحليلة الابن وابن الابن وابن البنت وإن سفل حرام على الأب دخل الابن بها أو لم يدخل ، لقوله تعالى ـ وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ـ فلا يدخل فيه حليلة الابن المتبنى ، وحليلة الأب والجد من قبل الأب والأم وإن علا حرام على الابن ، قال تعالى ـ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف ـ وفى كلّ موضع يحرم بالعقد إنما يحرم بالعقد الصحيح دون الفاسد ، لأن مطلق النكاح والزوجة والحليلة إنما ينطلق على الصحيح ، واسم الحليلة يتناول الزوجة والمملوكة ، غير أن الزوجة تحرم بمجرّد العقد ، والأمة لا تحرم إلا بالوطء ، لأن الفراش قائم مقام الوطء وهو موجود فى ملك النكاح دون ملك اليمين . ولهذا لا يجوز أن يجمع بين الأختين بعقد النكاح وإن لم يطأ ، ويجوز ذلك فى ملك اليمين إذا لم يطأهما ؛ ولو كان له جارية فقال وطئتها حرمت على أبيه وابنه ، ولو قال ذلك فى جارية الغير لا تحرم أخذا بالظاهر فيهما ؛ ولو اشترى جارية من تركة أبيه وسعه وطؤها ما لم يعلم أن الأب وطئها ، ولو قصد امرأته ليجامعها وهى نائمة مع بنتها المشتهاة فوقعت يده على البنت فقرصها بشهوة يظنّ أنها زوجته حرمت عليه امرأته . والمحرّمات بالرضاع كلّ من تحرم بالقرابة والصهرية لقوله تعالى ـ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ـ وقال عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . والمحرّمات بالجمع : لا يحلّ للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة لقوله تعالى ـ مثنى وثلاث ورباع ـ نصّ على الأربع فلا يجوز الزيادة عليهنّ .

وَلَوْ تَزَوجَ أُخْتَيْنِ فى عَقْدٍ وَاحِدٍ فَسَدَ نكاحُهُما ، وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فى عُقْدَتَيْنِ وَلا يَدْرِى أَيَّتُهُما أُولى فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُما ؛ وَإِذا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ لا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَها وَلا رَابِعَةً حَتّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُها ،

وروى « أن غيلان الديلمى أسلم وتحته عشر نسوة ، فأمره عليه الصلاة والسلام أن يمسك منهن أربعا ويفارق الباقى » ويستوى فى ذلك الحرائر والإماء المنكوحات ، لأن النص لم يفصل . والجمع بين الإماء ملكا ووطئا حلال وإن كثرن ، قال تعالى - إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم - مطلقا من غير حصر خرج عنه الزوجات بما ذكرنا فبقى الإماء على الإطلاق. ولا يجمع العبد بين أكثر من اثنتين لأن الرق منصف فينتصف ملك النكاح أيضا إظهارا لشرف الحرية ، ولا يجوز الجمع بين الأختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف - وقال عليه الصلاة والسلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه فى رحم أختين » ويجوز أن يجمع بينهما فى الملك دون الوطء ، لأن المراد بالنص حرمة الوطء إجماعا ، فان كان له أمة قد وطئها فتزوج أختها جاز النكاح لصدوره من أهله وإضافته إلى محله ، ولا يطأ الأمة لأن المنكوحة موطوءة حكما ، ولا يطأ المنكوحة حتى يحرم الأمة عليه فاذا حرمها وطئ المنكوحة ، وإن لم يكن وطئ المملوكة وطئ المنكوحة وحرمت المنكوحة حتى يفارق المنكوحة قال (ولو تزوج أختين فى عقد واحد فسد نكاحهما) لعدم أولوية جواز نكاح إحداهما (ولو تزوج أختين فى عقدتين ولا يدرى أيتهما أولى فرق بينه وبينهما) لأن نكاح إحداهما باطل بيقين ، ولا وجه إلى التيقن لعدم الأولوية ، ولهما نصف المهر بينهما للجهالة المستحقة فيشتركان فيه ، فان تزوجهما على التعاقب فسد النكاح الأخيرة ويفارقها ، وإن علم القاضى بذلك فرق بينهما (وإذا طلق امرأته لا يجوز أن يتزوج أختها ولا رابعة حتى تنقضى عدتها) وسواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا لبقاء نكاح الأولى من وجه ببقاء العدة والنفقة والسكنى ، والفراش القائم فى حق ثبوت النسب والمنع من الخروج والبروز والتزوج بزوج آخر ، فتثبت الحرمة أخذا بالاحتياط فى باب الحرمة ، والمعتدة إذا لحقت بدار الحرب مرتدة يحل للزوج نكاح أختها وأربع سواها لسقوط أحكام الإسلام عنها ، وعدة أم الولد إذا أعتقها مولاها تمنع نكاح أختها دون الأربع لأن فراشها قائم فيكون جامعا ماءه فى رحم أختين وأنه حرام بالحديث ، وحرمة الأربعة ورد فى النكاح ، وقالا : لا يمنع لأن له أن يتزوجها قبل العتق فكذا بعده ، لكن إذا عقد عليها لا يطؤها حتى تنقضى العدة . وجوابه أن فراشها قبل العتق ضعيف يقبل النقل إلى غيره بالنكاح وبعده لا فافترقا ، والعقد قائم

وَلا يُجْمَعُ بَيْنَ المَرْأةِ وَعَمَّتِها أوْ خالَتِها ، وَلا يَجُوزُ نِكاحُ الأمَةِ عَلى الحُرَّةِ وَلا مَعَها وَلا فى عِدَّتِها (سم) ، وَيَجُوزُ نِكاحُ الحُرَّةِ وَالأمَةِ عَلى الأمَةِ وَمَعَها وفى عِدَّتِها ؛ وَيَجُوزُ لِلحُرِّ أنْ يَتَزَوَّجَ أرْبَعاً مِنَ الإماءِ ، وَيَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَ أمَةً مَعَ القُدْرَةِ عَلى الحُرَّةِ ؛ وَلا يَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَ زَوْجَةَ الغَيْرِ وَلا مُعْتَدَّتَهُ ، وَلا يَتَزَوَّجُ حامِلاً مِنْ غَيْرِهِ إلاَّ الزَّانِيَةَ (س ف) ، فانْ فَعَلَ لايَطَؤُها حَتَّى تَضَعَ ؛ وَلا يَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَ أمَتَهُ وَلا المَرْأةُ عَبْدَها ؛

مقام الوطء حتى يثبت النسب منه فلا يجوز . قال (ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها) للحديث المشهور ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت أخيها ولا على بنت أختها ، فانكم إذا فعلتم ذلك فقد قطعتم أرحامهن » ويجوز أن يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبله لأنه لاقرابة بينهما . (و) المحرّمات بالتقديم (لايجوز نكاح الأمة علي الحرّة ولا معها ولا فى عدتها ، ويجوز نكاح الحرّة والأمة على الأمة ومعها فى عدتها) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتنكح الأمة على الحرّة وتنكح الحرّة عليها » وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز نكاح الأمة فى عدة الحرّة من طلاق بائن لأنه ليس بنكاح عليها حتى لو حلف لايتزوّج عليها لايحنث بهذا . ولأبى حنيفة أن نكاح الحرّة قائم من وجه على ما بينا ، واليمين مبناها على المقصود وهو عدم المزاحمة فى القسم وقد وجد ؛ ولو تزوّج فى عقد واحد أربعا من الإماء وخمسا من الحرائر جاز نكاح الإماء خاصة ، لأنه لايجوز نكاح واحدة من الحرائر لعدم الأولوية فيبطل نكاحهن فلم توجد المزاحمة (ويجوز للحرّ أن يتزوّج أربعا من الإماء) لأن قوله تعالى ـ ورباع ـ لايفصل (ويجوز أن يتزوّج أمة مع القدرة على الحرّة) لأن النصوص لاتفصل ، وهى قوله تعالى ـ وأحلّ لكم ما وراء ذلكم ـ وقوله سبحانه ـ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ـ وغير ذلك . (و) المحرّمات بتعلق حقّ الغير فـ (لا يجوز أن يتزوّج زوجة الغير ولا معتدّته) قال عليه الصلاة والسلام « ملعون من سقى ماءه زرع غيره » ولأن ذلك يفضى إلى اشتباه الأنساب ، ولهذا لم يشرع الجمع بين الزوجين فى امرأة واحدة فى دين من الأديان . قال (ولا يتزوّج حاملا من غيره) لما ذكرنا (إلا الزانية ، فان فعل لايطؤها حتى تضع) وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لما سبق من الحديث ، ولأنه حمل محترم حتى لايجوز إسقاطه . ولهما أن الامتناع لئلا يسقى ماءه زرع غيره فى ثابت النسب لحقّ صاحب الماء ولا حرمة للزانى فدخلت تحت قوله تعالى ـ وأحلّ لكم ما وراء ذلكم ـ فان كان الحمل ثابت النسب كالحامل من السبي وحمل أم الولد من مولاها ونحوه فالنكاح فاسد لما بينا . (و) المحرّمات بالملك فـ (لا يجوز أن يتزوّج أمته ولا المرأة عبدها) وملك بعض العبد فى هذا كملك كله ، وكذا حقّ الملك

وَلا يَجُوزُ نِكاحُ المَجُوسِيَّاتِ وَالوَثَنِيَّاتِ وَلا وَطْؤُهُنَّ بِمِلْكِ يَمِينٍ ، وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الكِتابِيَّاتِ وَالصَّابِئِيَّاتِ (سم) . وَالزِّنا يُوجِبُ حُرْمَةَ المُصاهَرَةِ ، وَكَذَا المَسُّ بِشَهْوَةٍ مِنَ الجانِبَيْنِ وَالنَّظَرُ إِلى الفَرْجِ مِنَ الجانِبَيْنِ أَيْضًا .

كمملوك المكاتب والمأذون ، لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح فلا فائدة فى إثبات الأضعف مع ثبوت الأقوى ، ولأن ملك النكاح يوجب لكل واحد من الزوجين على الآخر حقوقا ، والرقّ ينافى ذلك . (و) المحرّمات بالكفر ف (لا يجوز نكاح المجوسيات والوثنيات ولا وطؤهنّ بملك يمين) قال تعالى ـ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنّ ـ وقال صلى الله عليه وسلم « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم » (ويجوز تزويج الكتابيات) لقوله تعالى ـ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ـ والذمية والحربية سواء لإطلاق النصّ ، والأمة والحرّة سواء لإطلاق المقتضى . (و) يجوز نكاح (الصابئيات) عند أبى حنيفة خلافا لهما ، وعلى هذا حلّ ذبائحهم ، وهذا بناء على اشتباه مذهبهم ، فعنده هم أهل كتاب يعظمون الكواكب ولا يعبدونها فصاروا كالكتابيات ، وعندهما يعبدون الكواكب وليسوا أهل كتاب . والمحرّمات بالطلقات الثلاث لقوله تعالى ـ فان طلقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ـ وعليه الإجماع . قال (والزنا يوجب حرمة المصاهرة) فمن زنى بامرأة أو وطئها بشبهة حرمت عليه أصولها وفروعها ، وتحرم الموطوءة على أصول الواطئ وفروعه (وكذا المسّ بشهوة من الجانبين والنظر إلى الفرج من الجانبين أيضا) والمعتبر النظر إلى فرجها الباطن دون الظاهر . روى ذلك عن أبى يوسف وهو الصحيح . وحكى الطحاوى إجماع السلف فى أن التقبيل واللمس عن شهوة يوجب حرمة المصاهرة ، والأصل فيه قوله تعالى ـ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ـ والحمل على الوطء أولى لما بينا أن النكاح حقيقة هو الوطء ، أو لأنه أعمّ فكان الحمل عليه أولى وأعمّ فائدة ، فيصير معنى الآية والله أعلم : ولا تطئوا ما وطئ آباؤكم مطلقا ، فيدخل فيه النكاح والسفاح ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « من زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها » وقال عليه الصلاة والسلام « من نظر إلى فرج امرأة بشهوة أو لمسها بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها وحرمت على ابنه وأبيه » وإذا ثبت هذا الحكم فى موطوءة الأب ثبت فى موطوءة الابن وفى وطء أمّ امرأته وسائر مايثبت بحرمة المصاهرة بالنكاح لأن أحدا لم يفصل بينهما ، ولأن الوطء سبب للجزئية بواسطة الولد ، ولهذا يضاف إليها كما يضاف إليه ، والاستمتاع بالجزء حرام ، والمسّ والنظر داع إلى الوطء فيقام مقامه احتياطا للحرمة . وكان الشيخ أبوالحسن الكرخى يقول : إن المراد من قوله ـ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ـ الوطء دون العقد لأنه حقيقة فى الوطء ، ولم يرد به العقد لاستحالة

وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا صَحَّ نِكَاحُ الْأُخْرَى ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمُحْرِمُ حَالَةَ الْإِحْرَامِ ؛ وَنِكَاحُ الْمُتْعَةِ وَالنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ (ز) بَاطِلٌ .

كون اللفظ الواحد حقيقة ومجازا فى حالة واحدة ، والتحريم بالعقد ثبت بغير هذه الآية . وحدّ الشهوة أن تنتشر آلته بالنظر والمسّ ، وإن كانت منتشرة فتزداد شدّة ، والمجبوب والعنين يتحرّك قلبه بالاشتهاء ، أو يزداد اشتهاء ؛ ولو مسها وعليه ثوب إن منع وصول حرارتها إلى يده لاتثبت الحرمة ، وإن لم تمنع تثبت ؛ ولو أخذ يدها ليقبلها بشهوة فلم يفعل حرمت (١) على ابنه ؛ ولومسّ شعر امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبنتها لأنه من أجزاء بدنها . قال أبو حنيفة : إذا جامع صغيرة لايجامع مثلها فأفضاها لاتحرم عليه أمها . وقال أبو يوسف : تحرم ، ولوكانت ممن يجامع مثلها حرمت عليه أمها بالإجماع . لأبى يوسف أنه وطئ فى قبل فتحرم كوطء الكبيرة . ولهما أنه ليس بسبب للولد فصار كاللواطة ، أما الكبيرة يحتمل العلوق . قال (ومن جمع بين امرأتين إحداهما لايحلّ له نكاحها صح نكاح الأخرى) معناه : إذا تزوّجهما فى عقد واحد ، لأنه لامانع من نكاح الأخرى لاختصاص المبطل بتلك . قال (ويجوز أن يتزوج المحرم حالة الإحرام) لأن النبىّ عليه الصلاة والسلام تزوّج ميمونة وهو محرم . والمحظور الوطء ودواعيه ، لاالعقد ، وهو محمل ما روى أن النبىّ عليه الصلاة والسلام نهى أن ينكح المحرم . قال (ونكاح المتعة والنكاح المؤقت باطل) أما المتعة فلقوله تعالى ـ فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ـ وهذه ليست مملوكة ولا زوجة . أما المملوكة فظاهر ، وأما الزوجة فلعدم أحكام الزوجية من الإرث وانقطاع الحلّ بغير طلاق ولا مانع ، وقد صحّ عن علىّ رضى الله عنه « أن النبىّ عليه الصلاة والسلام حرّم يوم خيبر متعة النساء ولحوم الحمر الأهلية » وما روى فى إباحتها ثبت نسخه بإجماع الصحابة ، وصحّ أن ابن عباس رجع إلى قولهم . وأما النكاح المؤقت فلأنه أتى بمعنى المتعة والعبرة للمعانى ، وسواء طالت المدّة أو قصرت ، لأن التأقيت هو المبطل وهو المغلب لجهة المتعة . وصورة نكاح المتعة أن يقول الرجل لامرأة : متعينى نفسك بكذا من الدراهم مدة كذا ، فتقول له : متعتك نفسى ، أو يقول : أتمتع بك ، ولا بدّ من لفظ التمتع فيه . وأما المؤقت فأن يتزوّجها بشهادة شاهدين مدة معلومة . وقال زفر : النكاح المؤقت صحيح ويبطل التأقيت ، لأن النكاح لايبطل بالشرط الفاسد ، وجوابه مامرّ .

---

(١) قوله حرمت : أى بمجرّد اللمس اه .

وعِبارَةُ النِّساءِ مُعْتَبَرَةٌ فى النِّكاحِ حتَّى لَوْ زَوَّجَتِ الحُرَّةُ العاقِلَةُ البالِغَةُ نَفْسَها جازَ، وكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَتْ غَيْرَها بالوِلايَةِ أوِ الوَكالَةِ ، وكَذَا إذَا وكَّلَتْ غَيْرَها فى تَزْوِيجِها ، أوْ زَوَّجَها غَيْرُها فأجازَتْ (م) .

فصل

(وعبارة النساء معتبرة فى النكاح حتّى لوزوّجت الحرّة العاقلة البالغة نفسها جاز ، وكذلك لو زوّجت غيرها بالولاية أو الوكالة ؛ وكذا إذا وكلت غيرها فى تزويجها أو زوّجها غيرها فأجازت) وهذا قول أبى حنيفة وزفر والحسن ، وظاهر الرواية عن أبى يوسف . وقال محمد : لايجوز إلا باجازة الولىّ ، فان ماتا قبلها لايتوارثان ولا يقع طلاقه ولاظهاره ووطؤه حرام ، فان امتنع الولىّ من الإجازة ذكر الطحاوى عن محمد يجدّد القاضى العقد بينهما . وذكر هشام عن محمد فإن لم يجزه الولىّ أجيزه أنا ، وكان يومئذ قاضيا فصار عنه روايتان . وروى عنه أنه رجع إلى قول أبى حنيفة قبل موته بسبعة أيام . وحكى الفقيه أبو جعفر الهندوانى : أن امرأة جاءت إلى محمد قبل موته بثلاثة أيام وقالت : إن لى وليا وهو لايزوّجنى إلا بعد أن يأخذ منى مالاكثيرا ، فقال لها محمد : اذهبى فزوّجى نفسك ، وهذا يؤيد ما روى من رجوعه . وعن أبى يوسف فى غيررواية الأصول مثل قول محمد الأوّل . وفى رواية إن زوّجت نفسها من كفء لايتوقف ، وإن كان من غير كفء يتوقف على إجازة الولى . وجه عدم الجواز ما روت عائشة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل » وقوله عليه الصلاة والسلام « لانكاح إلا بولىّ » ولأنها كانت موليا عليها قبل البلوغ فى حقّ العقد والنفاذ لعدم رأيها ، فلو زال إنما يزول بما حدث لها من الرأى والعقل بالبلوغ ، وإنما حدث لها رأى وعقل ناقص ، ومن لم يحدث له رأى أصلا كمن بلغ مجنونا لاتزول عنه الولاية أصلا ، ومن حدث له عقل كامل ورأى وافر كالرجل تزول ولايته أصلا ، فاذا حدث الناقص فكأنه حدث من وجه دون وجه فثبتت لها إحدى الولايتين وهو الانعقاد دون النفاذ عملا بالشبهين ، ووجه الفسخ إذا لم يجز الولىّ أن النكاح إلى الأولياء بالحديث فيتوقف على إجازته ويرتدّ بردّه كما إذا عقد وتوقف على إجازتها ، فاذا بطل يجدّد القاضى النكاح . ووجه رواية هشام أنه عقد صدر من المالك وتوقف على إجازة صاحب الحقّ فلاينفسخ بردّه كالراهن إذا باع الرهن وردّه المرتهن فانه لاينفسخ البيع حتّى لو صبر المشترى إلى حين انفكاك الرهن نفذ ، وإذا بقى العقد أجازه القاضى إن امتنع الولىّ لظلمه بخلاف ماذكر من المسئلة لأن المرأة هى المالكة فتبطل بردها كما إذا باع المرتهن

. . . .

وردّ الراهن . وجه قول أبي حنيفة قوله تعالى ـ حتى تنكح زوجا غيره ـ وقال تعالى ـ فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهنّ بالمعروف ـ وفى آية أخرى ـ من معروف ـ أضاف النكاح والفعل إليهنّ ، وذلك يدلّ على صحة عبارتهن ونفاذها لأنه أضافه إليهنّ على سبيل الاستقلال إذ لم يذكر معها غيرها ، وهى إذا زوّجت نفسها من كفء بمهر المثل فقد فعلت فى نفسها بالمعروف فلا جناح على الأولياء فى ذلك . وروى ابن عباس « أن فتاة جاءت إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم فقالت : يا نبيّ الله إن أبي زوّجنى من ابن أخ له ليرفع خسيسته وأنا له كارهة ، فقال لها : أجيزى ما صنع أبوك ، فقالت : لارغبة لى فيما صنع أبى ، قال : فاذهبى فانكحى من شئت ، فقالت : لارغبة لى عما صنع أبى يا رسول الله ولكنى أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء » والاستدلال به من وجوه : أحدها قوله عليه الصلاة والسلام « فانكحى من شئت » . الثانى قولها ذلك ولم ينكر عليها فعلم أنه ثابت إذ لو لم يكن ثابتا لما سكت عنه . الثالث قوله « أجيزى ما صنع أبوك » يدلّ على أن عقده غير نافذ عليها ، وفيه دليل لأصحابنا على أن العقد يتوقف أيضا . وفى البخارى « أن خنساء بنت جزام أنكحها أبوها وهى كارهة فردّه النبيّ عليه الصلاة والسلام » وروى أن امرأة زوّجت بنتها برضاها ، فجاء الأولياء وخاصموها إلى علىّ رضى الله عنه ، فأجاز النكاح . وهذا دليل الانعقاد بعبارة النساء ، وأنه أجاز النكاح بغير ولىّ لأنهم كانوا غائبين لأنها تصرّفت فى خالص حقها ولا ضرر فيه لغيرها ، فينفذ كتصرّفها فى مالها والولاية فى النكاح أسرع ثبوتا منها فى المال ، ولهذا يثبت لغير الأب والجدّ ولا يثبت لهم فى المال ولأن النكاح خالص حقها حتى يجبر الولىّ عليه عند طلبها وبذله لها ، وهى أهل لاستيفاء حقوقها ، إلا أن الكفاءة حقّ الأولياء فلا تقدر على إسقاط حقهم . وأما ما ذكر من الأحاديث فمعارضة بما روينا فإما أن يرجع إلى القياس وهو لنا على المال والرجل أو يوفق بين الحديثين فيحمل ما رويناه على الحرّة العاقلة البالغة ، وما رويتموه على الأمة توفيقا ، كيف وقد ورد فى بعض الروايات « أيما أمة نكحت نفسها » فيحمل المطلق على المقيد أو يرجح والترجيح معنا ، لأن ما ذكرناه سالم عن الطعن وما رواه مطعون فيه ، فقد حكى عن أبى العباس المروزى قال : سمعت يحيى بن معين يقول : ثلاثة أحاديث لم تثبت عن النبى عليه الصلاة والسلام « كل مسكر حرام ، ومن مسّ ذكره فليتوضأ ، ولا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » ووافقه على ذلك أحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه ، على أنا نقول : المرأة ولية نفسها فلا يكون نكاحا بلا ولىّ فلم قلتم إنها ليست وليا ؟ ولو قلتم ذلك استغنيتم عن الحديث ، وكذا الحديث الآخر فانه من رواية سليمان بن يسار عن الزهرى وهو ضعيف

وَلا إجْبارَ عَلى البِكْرِ البالِغَةِ فى النِّكاحِ . وَالسُّنَّةُ لِلْوَلِىِّ أنْ يَسْتأمِرَ البِكْرَ قَبْلَ النِّكاحِ وَيَذْكُرَ لَها الزَّوْجَ فيَقُولُ : إنَّ فُلانا يَخْطُبُكِ أوْ يَذْكُرُكِ ، فإذا سَكَتَتْ فَقَدْ رَضِيَتْ ، وَلَوْ ضَحِكَتْ فَهُوَ إذْنٌ ، وَلَوْ بَكَتْ إنْ كانَ بِغَيْرِ صَوْتٍ فَهُوَ رِضًا ،

ضعفه البخارى وأسقط روايته . وروى أن مالكا وابن جريج سألا الزهرى عن هذا الحديث فلم يعرفه ، والراوى إذا أنكر الخبر دلّ على بطلانه كالأصول مع الفروع ، ولأن من مذهب عائشة رضى الله عنها جواز النكاح بعبارة النساء ، فانها زوّجت بنت أخيها عبدالرحمن حين غاب بالشام ، دلّ ذلك على عدم صحة الحديث وروايتها له أو على نسخه أو على رجحان ما ذكرنا ، وقوله الحادث لها رأى ناقص ، قلنا المعتبر فى باب الولاية مطلق العقل والبلوغ دون الزيادة والنقصان ، فإن الناس يتفاوتون فى الرأى والعقل تفاوتا فاحشا ، ولا اعتبار به فى باب الولاية ، فإن كامل العقل والرأى ولايته على نفسه وماله كولاية ناقصهما ، وكم من النساء من يكون أوفر عقلا وأشدّ رأيا من كثير من الرجال ، ولأن فى اعتبار ذلك حرجا عظيما وهو حرج التمييز بين الناس ، فعلم أن المعتبر أصل البلوغ والعقل وقد وجدا فى المرأة ، فيترتب عليهما ما يترتب عليهما فى الرجل قياسا على المال . قال (ولا إجبار على البكر البالغة فى النكاح) لقوله عليه الصلاة والسلام « البكر تستأمر فى نفسها فإن صمتت فهو إذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها » وقال عليه الصلاة والسلام « شاوروا النساء فى أبضاعهن ؛ قالت عائشة : يا رسول الله إن البكر لتستحى ، قال : إذنها صماتها » (والسنة للولىّ أن يستأمر البكر قبل النكاح ويذكر لها الزوج فيقول : إن فلانا يخطبك أو يذكرك ، فاذا سكتت فقد رضيت) لما روينا ، فاذا زوّجها من غير استئمار فقد أخطأ السنة ، فقد صحّ « أنه صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يزوّج فاطمة من علىّ رضى الله عنهما دنا إلى خدرها فقال : إن عليا يذكرك ثم خرج فزوّجها » (ولو ضحكت فهو إذن) لأنه دليل الرضا ، إلا إذا كان على وجه الاستهزاء (ولو بكت) فيه روايتان لأنه يكون عن سرور وعن حزن ، والمختار (إن كان بغير صوت فهو رضا) ويكون بكاء على فراق الأهل وكذا لو زوّجها بغير إذنها ثم بلغها ، يعتبر السكوت كما ذكرنا والبلوغ إليها أن يرسل إليها وليها رسولا يخبرها بذلك عدلا كان أو غير عدل ، فإن أخبرها فضولىّ فلا بدّ من العدد أو العدالة ، لأنه خبر يشبه الشهادة من وجه فيشترط أحد وصفى الشهادة . وعندهما لا يشترط ذلك لأنه خبر كسائر الأخبار ، وإن قال الولىّ : أزوّجك من فلان أو فلان فسكتت فأيهما زوّجها جاز ؛ ولو سمى جماعة إن كانوا يحصون فهو رضا ، وإلا لا يكون رضا ؛ ولو استأمرها فقالت غيره أحبّ إلىّ منه لا يكون إذنا ؛ ولو قالت ذلك بعد العقد يكون إذنا

وَلَوِ اسْتَأْذَنَهَا غَيْرُ الوَلِىِّ فَلا بُدَّ مِنَ القَوْلِ ، وَإِذْنُ الثَّيِّبِ بِالقَوْلِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُذْكَرَ لَهَا الزَّوْجُ بِمَا تَعْرِفُهُ ، فَانْ زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِوَثْبَةٍ أَوْ جِرَاحَةٍ أَوْ تَعْنِيسٍ أَوْ حَيْضٍ فَهِيَ بِكْرٌ ، وَكَذَلِكَ إِنْ زَالَتْ بِزِنَا (سم) ؛ وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ : بَلَغَكِ النِّكَاحُ فَسَكَتِّ ، فَقَالَتْ : بَلْ رَدَدْتُ فَالقَوْلُ قَوْلُهَا وَلَا يَمِينَ عَلَيْهَا (سم) ،

لأنه كلام يحتمل الإذن وعدمه فلا نثبت الإذن قبل العقد بالشكّ ولا نبطل العقد بالشك (ولو استأذنها غير الولىّ فلا بدّ من القول) لأن السكوت إنما جعل رضا عند الحاجة وهو استئمار الولىّ وعجزها عن المباشرة فلا يقاس عليه عدم الحاجة وهو من لايملك العقد ولا التفات إلى كلامه . قال (وإذن الثيب بالقول) قال عليه الصلاة والسلام « الثيب تستأمر » أى يطلب أمرها والأمر بالقول . وقال فى حقّ البكر « تستأذن » أى يطلب الإذن منها ، والإذن والرضا يكون بالسكوت . وقال عليه الصلاة والسلام « والثيب يعرب عنها لسانها » ولأن السكوت إنما جعل إذنا لمكان الحياء المانع من النطق المختصّ بالأبكار ، ويكون فيهنّ أكثر فلا يقاس عليها الثيب . قال (وينبغى أن يذكر لها الزوج بما تعرفه) لعدم تحقق الرضا بالمجهول.وقال بعضهم : يشترط تسمية قدر الصداق أيضا لاختلاف الرغبات باختلافه . قال (فان زالت بكارتها بوثبة أو جراحة أو تعنيس أو حيض فهى بكر) لأنها فى حكم الأبكار حتى تدخل تحت الوصية لهم بالإجماع ومصيبها أوّل مصيب (وكذلك إن زالت بزنا) عند أبى حنيفة ، وقالا : تزوّج كما تزوّج الثيب لأن مصيبها عائد إليها إذ هو من التثويب وهو العود مرّة بعد أخرى ، وله أنه لو اشترط نطقها فان لم تنطق تفوتها مصلحة النكاح ، وإن نطقت والناس يعرفونها بكرا فتتضرّر باشتهار الزنا عنها فيكون حياؤها أكثر فتتضرّر على كل حال ، فوجب أن لايشترط دفعا للضرر عنها حتى لو كانت مشتهرة بذلك بأن أقيم عليها الحدّ أو اعتادته وتكرّر منها ، أو قضى عليها بالعدّة تستنطق بالإجماع لزوال الحياء وعدم التضرّر بالنطق ؛ ولو مات زوج البكر أو طلقها قبل الدخول تزوّج كالأبكار لبقاء البكارة والحياء (ولو قال الزوج : بلغك النكاح فسكتِّ ، فقالت : بل رددت فالقول قولها) لأنها منكرة تملك بضعها والبينة بينته لأنه يدعيه (ولا يمين عليها) عند أبى حنيفة خلافا لهما وقد مرّ فى الدعوى ، ولو ادّعت ردّ النكاح حين أدركت وادّعى الزوج السكوت فالقول قوله لأنه منكر زوال ملكه عنها ؛ وإن زوّجت نفسها وزوّجها الولىّ برضاها فأيهما قالت هو الأوّل صحّ لصحة إقرارها على نفسها دون إقرار الأب ؛ وإن قالت لاأدرى لم يثبت واحد منهما لعدم إمكان الجمع وعدم أولوية أحدهما ؛ ولو تزوّجها على أنها بكر فوجدها ثيبا يجب جميع المهر لأن البكارة لاتصير مستحقة بالنكاح ؛ ولو زوّجها وليها

وَيَجُوزُ لِلْوَلِيِّ إِنْكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُزَوِّجُ أَبًا أَوْ جَدًّا فَلَا خِيَارَ لَهُمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ ، وَإِنْ زَوَّجَهُمَا غَيْرُهُمَا فَلَهُمَا الْخِيَارُ (س) .

فبلغها فردّت ، ثم قال لها إن جماعة يخطبونك فقالت أنا راضية بما تفعل فزوّجها الأوّل لايجوز ، لأن قولها أنا راضية بما تفعل ينصرف إلى غيره دلالة؛ ومثله لو قال لرجل كرهت صحبة فلانة فطلقتها فزوّجنى امرأة ، فزوّجه تلك المرأة لايجوز ؛ وكذلك لو باع عبده ثم أمر إنسانا أن يشترى له عبدا فاشترى ذلك العبد لايجوز . قال (ويجوز للولىّ إنكاح الصغير والصغيرة والمجنونة) لقوله عليه الصلاة والسلام « ألا لايزوّج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء » وقال عليه الصلاة والسلام « النكاح إلى العصبات » والبالغات خرجن بما سبق من الأحاديث فبقى الصغار « والنبىّ عليه الصلاة والسلام تزوّج عائشة رضى الله عنها وهى بنت سبع سنين وبنى بها وهى بنت تسع » وعلىّ رضى الله عنه زوّج ابنته أم كلثوم من عمر وهى صغيرة ، ولأن النكاح يتضمن المصالح وذلك يكون بين المتكافئين والكفء لايتفق فى كل وقت ، فمست الحاجة إلى إثبات الولاية على الصغار تحصيلا للمصلحة وإعدادا للكفء إلى وقت الحاجة ، والقرابة موجبة للنظر والشفقة فينتظم الجميع ، إلا أن شفقة الأب والجد أكثر فيكون عقدهما لازما لاخيار فيه ، وشفقة غيرهما لمن قصرت عنهما قلنا بالانعقاد وثبوت الخيار عند البلوغ ، فان رآه غير مصلحة فسخه (ثم إن كان المزوّج أبا أو جدا فلا خيار لهما بعد البلوغ) لوفور شفقتهما وشدّة حرصهما على نفعهم فكأنهم باشروه بأنفسهم ، ولأن النبىّ صلى الله عليه وسلم ما خير عائشة رضى الله عنها حين بلغت (وإن زوّجهما غيرهما فلهما الخيار) إن شاءا أقاما على النكاح ، وإن شاءا فسخا وقال أبويوسف : لاخيار لهما كالأب والجد . وجوابه ما ذكرنا من قصور شفقتهم عن شفقة الأب والجد ، وذلك مظنة وقوع الخلل فى المقصود من النكاح فيثبت الخيار لدفع الخلل لو كان ، ثم سكوت البكر عند بلوغها رضا إذا علمت بالنكاح ، ولا يمتدّ إلى آخر المجلس كما فى الابتداء ، ولو بلغت بعد الدخول فلا بد من القول والتصريح بالرضا أو بالرد لأنها ثيب كما فى الابتداء وكذا الغلام ، ولا بدّ فى الفسخ من القضاء لأن العقد قد تمّ وثبتت أحكامه فلا يرتفع إلا برفع من له ولاية وهو القاضى أو بتراضيهما ، ولأنه لرفع ضرر خفىّ وهو وقوع الخلل فى العقد فيكون إلزاما فاحتاج إلى القضاء ، ويشمل الذكر والأنثى لشمول المعنى لهما ، ويشترط علمهما بالنكاح دون الحكم لأن العقد ينفرد به الولىّ فيعذران فى الجهل . أما الحكم فالدار دار الإسلام فلا عذر فى الجهل ، بخلاف خيار العتق حيث لايحتاج إلى القضاء لأنه دفع ضرر ظاهر وهو زيادة الملك ويقتصر على الأنثى ، لأن زيادة الملك فى حقها دونه ويمتدّ إلى آخر المجلس لأنه جواب التمليك قال عليه الصلاة والسلام

وَلا خِيارَ لِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ فى عَيْبٍ إِلاَّ فى الجَبِّ وَالعُنَّةِ وَالخِصَاءِ ، وَالوَلِىُّ العَصَبَةُ عَلَى تَرْتِيبِهِمْ فى الإِرْثِ والحَجْبِ ثُمَّ مَوْلى العَتَاقَةِ . وَلِلأُمِّ وأقارِبِها التَّزْوِيجُ ، ثُمَّ مَوْلى المُوَالاةِ ، ثُمَّ القاضى (سم) ؛

« ملكت بضعك فاختارى » وتعذر فى الجهل بحكم الخيار لأنها مشغولة بخدمة المولى فلا تتفرغ للعلم ، وإذا اختارت الفسخ فى خيار البلوغ ففرق القاضى فهى فرقة بغير طلاق ، ولأنه فسخ ثبت ضرورة دفع اللزوم فلا يكون طلاقا ولهذا يثبت لها ولا مهر لها إن كان قبل الدخول لأن المراد من الفسخ رفع مئونات العقد ، وإن كان بعد الدخول فلها المسمى لأنه استوفى المفقود عليه ، وكذا لو اختار الغلام قبل الدخول لا مهر عليه ، وليس لنا فرقة جاءت من قبل الزوج ولا مهر عليه إلا هذه (١) . والوجه فيه أنه لو وجب المهر لما كان فى الخيار فائدة لأنه قادر على الفرقة بالطلاق ، فلما ثبت الخيار علمنا أنه ثبت لفائدة وهى سقوط المهر ؛ ولو مات أحدهما قبل البلوغ أوبعده قبل التفريق ورثه الآخر لصحة العقد وثبوت الملك به وقد انتهى بالموت (ولا خيار لأحد الزوجين فى عيب إلا فى الجبّ والعنة والخصاء) على ما يأتى فى موضعه إن شاء الله تعالى. قال (والولى العصبة) لقوله عليه الصلاة والسلام « النكاح إلى العصبات » وهم (على ترتيبهم فى الإرث والحجب ثم مولى العتاقة) لأنه آخر العصبات على ما عرف فى الفرائض . قال (وللأم وأقاربها التزويج ، ثم مولى الموالاة ، ثم القاضى) أما الأم وأقاربها فمذهب أبى حنيفة ، وروى عنه وهو قولهما ليس لهم ذلك لما روينا ، ولأن الولاية تثبت دفعا للعار بعدم الكفء . وذلك إلى العصبات لأنهم هم الذين يعيرون بذلك . ولأبى حنيفة أن الأصل فى هذه الولاية إنما هو القرابة الداعية إلى الشفقة والنظر فى حقّ المولى عليه ، وذلك يتحقق فى كل من هو مختص بالقرابة . وشفقة الأم أكثر من شفقة غيرها من الأباعد من أبناء الأعمام ، وكذلك شفقة الجد لأم والأخوال ، ولأن الأم أحد الأبوين فتثبت الولاية لها كالآخر ، وهو مروى عن علىّ

(١) يرد على هذه القاعدة ما لو تزوّج مكاتبة وجعل مهرها جارية ، ثم تزوّج الأمة التى جعلت مهرا ، ثم طلق المكاتبة قبل الدخول فانه ينفسخ العقد فى الجارية لعود ملك نصف الجارية إلى ملكه ، فانه يصدق أن الفرقة جاءت من قبله بالطلاق مع أن مهر الجارية عليه ويرد عليه أيضا مالو تزوّج أمة ثم اشتراها فانه ينفسخ العقد لدخول الجارية فى ملكه ، فصدق أن الفرقة جاءت من قبله بسبب الشراء مع أن مهر الجارية عليه . ويمكن الجواب بأن مراد الشارح يكون الفرقة من قبله أن تكون من قبله قصدا ، والفرقة فى هاتين المسئلتين ليست من قبله قصدا بل فى ضمن الطلاق فى المسئلة الأولى ، وفى ضمن الشراء فى المسئلة الثانية . كذا بهامش نسخة مخطوطة .

وَلا وِلايَةَ لِعَبْدٍ وَلا صَغِيرٍ وَلا مَجْنُونٍ وَلا كافِرٍ عَلَى مُسْلِمَةٍ ، وَابْنُ المَجْنُونَةِ يُقَدَّمُ عَلَى أَبِيها (م) ؛ وَإِذا غابَ الوَلِيُّ الأَقْرَبُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً لايَنْتَظِرُ الكُفْءُ الخاطِبُ حُضُورَهُ زَوَّجَها الأَبْعَدُ (ز) ،

وابن مسعود رضي الله عنهما . والأصل أن كل قرابة يتعلق بها الوارث يتعلق بها ثبوت الولاية لأنها داعية إلى الشفقة والنظر كالعصبات إلا أنهم تأخروا عن العصبات لضعف الرأى وبعد القرابة كما فى الإرث ، وأما الحديث فانه يقتضى النكاح إلى العصبات عند وجودهم ، أما عند عدمهم فالحديث ساكت عنه فنقول : ينتقل إلى ما هو فى معنى العصبات فى الشفقة فلا يكون حجة علينا بل لنا ، وتمامه يعرف فى الفرائض فى فصل ذوى الأرحام . وأما مولى العتاقة فلأنه وارث مؤخر عن ذوى الأرحام فكذا فى الولاية ولأنه عصبة على ما عرف فى الفرائض . وأما القاضى فلقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولى من لا ولى له » . قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا كافر على مسلمة) أما العبد فلأنه لا ولاية له على نفسه فكيف يلى غيره ؟ وكذا الصبي والمجنون لأنهما لا نظر لهما ولا خبرة وهذه ولاية نظرية وأما الكافر فان الولاية تقتضى نفوذ قول الولى على المولى عليه ، ولا نفاذ لقول الكافر على المسلم كما فى الشهادة ، قال الله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - وثبتت له الولاية على ولده الكافر ، قال تعالى - والذين كفروا بعضهم أولياء بعض - ولهذا تقبل شهادة بعضهم على بعض . قال (وابن المجنونة يقدم على أبيها) فى ولاية النكاح . وقال محمد : يقدم الأب لأنه أشفق ولهما أن التقديم هنا بالعصوبة والابن مقدم فى العصوبة كما فى الإرث . قال (وإذا غاب الولى الأقرب غيبة منقطعة لا ينتظر الكفء الخاطب حضوره زوجها الأبعد) واختلفوا فى الغيبة المنقطعة ، فعن أبى يوسف مسيرة شهر ، وعن محمد من الكوفة إلى الرىّ خمس عشرة مرحلة ، وعنه من بغداد إلى الرىّ عشرون مرحلة . وفصل ابن شجاع ذلك فقال : إذا كان فى موضع لا تصل إليه القوافل والرسل فى السنة إلا مرة واحدة فهى غيبة منقطعة . قال القدورى : وهذا صحيح لأن الخاطب لاينتظر سنة ولا يعلم هل يجيب الولى أم لا ، وقد ينتظر بعض السنة فلذلك قدره بهذا . وقال زفر : إذا كان فى مكان لايدرى أين هو فهو غيبة منقطعة وهذا حسن لأنه إذا كان لايدرى أين هو لايمكن استطلاع رأيه فتفوت المصلحة ، وقيل ثلاثة أيام ، والمختار ما ذكره فى الكتاب لأنه تفوت المصلحة باستطلاع رأيه وانتظاره . وقال زفر : لا يزوجها الأبعد لأن ولاية الأقرب قائمة حتى لو زوجها حيث هو جاز . ولنا أنه لو لم ينتقل إلى الأبعد تتضرر الصغيرة لأنه يفوت الكفء الحاضر وقد لا يتفق الكفء مرة أخرى فوجب أن ينتقل دفعا لهذا الضرر ، ولأن الغائب عاجز عن تدبير مصالح النكاح فيفوت مقصود الولاية لأنها نظرية

وَلَوْ زَوَّجَهَا وَلِيَّانِ فَالأَوَّلُ أَوْلَى ، وَإِنْ كَانَا مَعًا بَطَلا ؛ وَيَجُوزُ لِلأَبِ وَالْجَدِّ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَهُ بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ وَابْنَتَهُ بِأَقَلَّ (سم) ، وَمِنْ غَيْرِ كُفْءٍ ، وَلا يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيْرِهِمَا ، وَالْوَاحِدُ يَتَوَلَّى طَرَفَيِ الْعَقْدِ وَلِيًّا كَانَ أَوْ وَكِيلاً ، أَوْ وَلِيًّا وَوَكِيلاً أَوْ أَصِيلاً وَوَكِيلاً ، أَوْ وَلِيًّا وَأَصِيلاً .

ولا نظر فى ذلك . وأما إذا زوّجها ففيه روايتان ، قيل لا يجوز لانقطاع ولايته ، وقيل يجوز لظهور الانتفاع برأيه ، ولأنا إنما أسقطنا ولايته دفعا للضرر عن الصغيرة ، فاذا زوّجها ارتفع الضرر فعادت الولاية بعد ارتفاعها ، ولا ينتقل إلى السلطان لأنه ولىّ من لاولىّ له بالحديث . وهذه لها أولياء إذ الكلام فيه . قال (ولو زوجها وليان فالأوّل أولى) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا أنكح الوليان فالأول أولى » ولأنه لما سبق فقد صحّ فلا يجوز نكاح الثانى ، وهذا لأن سبب الولاية القرابة وهى لاتتجزى ، والحكم الثابت به أيضا لايتجزى فصار كلّ واحد منهما كالمنفرد فأيهما عقد جاز كالأمان (وإن كانا معا بطلا) لتعذّر الجمع وعدم أولوية أحدهما . قال (ويجوز للأب والجدّ أن يزوّج ابنه بأكثر من مهر المثل وابنته بأقلّ ومن غير كفء ، ولا يجوز ذلك لغيرهما) وقالا : لايجوز ذلك للأب والجد أيضا إلا أن يكون نقصانا يتغابن فى مثله ، ولا ينعقد العقد عندهما لأن هذه الولاية نظرية ولا نظر فى ذلك ، ولهذا لايجوز ذلك فى المال . ولأبى حنيفة أن النكاح عقد عمر ، وهو يشتمل على مقاصد وأغراض ومصالح باطنه ، فالظاهر أن الأب مع وفور شفقته وكمال رأيه ما أقدم على هذا النقص إلا لمصلحة تربو وتزيد عليه هى أنفع من القدر الفائت من المال والكفاءة ، بخلاف المال لأن المقصود المالية لاغير ، وبخلاف غير الأب والجدّ لأنهم أنقص شفقة ، وبخلاف ما إذا زوّج أمة الصغير لعدم الجابر فى حقه لأن مقاصد النكاح لم تحصل للصغير ، وبخلاف ما إذا تزوّجت المرأة وقصرت فى مهرها حيث للأولياء الاعتراض عليها عنده حتى يتمّ لها مهرمثلها أو يفارقها لأنها سريعة الانخداع ضعيفة الرأى ، فتفعل ذلك متابعة للهوى لالتحصيل المقاصد ، لأن النساء قلما ينظرن فى عواقب الأمور ومصالحها . وقال أبو يوسف ومحمد : لااعتراض عليها لأن المهر حقها ، ولهذا كان لها أن تهبه فلأن تنقصه أولى . ولأبى حنيفة أن المهر إلى عشرة دراهم حقّ الشرع فلا يجوز التنقيص منه شرعا حتى لو سمى أقلّ من عشرة فلها عشرة وإلى مهر مثلها حق الأولياء لأنهم يعيرون بذلك فلهم مخاصمتها إلى تمامه ، والاستيفاء حقها فان شاءت قبضته وإن شاءت وهبته . قال (والواحد يتولى طرفى العقد وليا كان أو وكيلا ، أو وليا ووكيلا ، أو أصيلا ووكيلا ، أو وليا وأصيلا) أما الولىّ من الجانبين كمن زوّج ابن ابنه بنت ابن له آخر أو بنت أخيه ابن أخ له آخر أوأمته عبده ونحو ذلك والوكيل ظاهر . وأما الولىّ والوكيل بأن وكّله رجل

وَيَنْعَقِدُ نِكاحُ الفُضُولِيِّ مَوْقُوفا كالبَيْعِ إذَا كانَ مِنْ جانِبٍ وَاحِدٍ ، أمَّا مِنْ جانِبَيْنِ (س) أوْ فُضُولِيًّا مِنْ جانبِ أصِيلاً مِنْ جانِبٍ فَلا .

والكَفاءَةُ تُعْتَبَرُ فى النِّكاحِ فى النَّسَبِ

أن يزوّجه بنته الصغيرة ، أو وكلته امرأة أن يزوّجها من ابنه الصغير . وأما الوكيل والأصيل بأن وكلته امرأة أن يزوّجها من نفسه . وأما الوليّ والأصيل أن يزوّج ابنة عمه الصغيرة من نفسه . وصورته أن يقول : اشهدوا أنى زوّجت فلانة من فلان ، أوفلانة منى ، أو تزوّجت فلانة ، ولا يحتاج إلى القبول لأنه تضمن الشطرين . وقال زفر : لايجوز ذلك لأنه لايمكن أن يكون الواحد مملكا ممتلكا كالبيع . ولنا أنه معبر وسفير والمانع من ذلك فى البيع رجوع الحقوق إلى العاقد فيجرى فيه التمانع ، لأنه لايمكن أن يكون الواحد مُطالبا وَمطالَبا فى حقّ واحد ، وهنا الحقوق لاترجع إليه فلا تمانع . قال (وينعقد نكاح الفضولى موقوفا كالبيع إذا كان من جانب واحد ، أما من جانبين أو فضوليا من جانب أصيلا من جانب فلا) أما الفضولى من جانب بأن يزوّج امرأة بغير أمرها رجلا وقبل الرجل ، أو رجلا بغير أمره امرأة فقبلت ، فانه ينعقد ويتوقف على إجازة الغائب. وأما من الجانبين فهو أن يقول : اشهدوا أنى زوّجت فلانة من فلان وهما غائبان بغير أمرهما فهذا لاينعقد . وقال أبو يوسف : ينعقد موقوفا على إجازتهما ، والفضولى من جانب أصيل من جانب بأن يقول الرجل : اشهدوا أنى قد تزوّجت فلانة وهى غائبة ولم يقبل عنها أحد ، فهذا أيضا على الخلاف ؛ ولو جرى بين فضوليين جاز باتفاقنا ، وذكرنا فى البيوع الدليل على انعقاد تصرّفات الفضولى . لأبى يوسف فى الخلافية أنه لوكان وكيلا انعقد ونفذ ، فاذا كان فضوليا ينعقد ويقف . ولهما أن هذا شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس كما إذا كان أصيلا ، بخلاف الوكيل لأنه معبر فينقل كلامه إليهما ، وكلام الفضوليين عقد تامّ فلا يقاس عليه ، ولو زوّج الأب ابنه الكبير فجنّ قبل الإجازة فأجازه الأب جاز ونفذ لثبوت الولاية عليه وقت الإجازة .

فصـــل

(والكفاءة تعتبر فى النكاح) وتعتبر فى الرجال للنساء للزومه فى حقهنّ ، ولأن الشريفة تعير ويغيظها كونها مستفرشة للخسيس ، ولا كذلك الرجل لأنه هو المستفرش . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « ألا لايزوّج النساء إلا الأولياء ، ولايزوّجن إلامن الأكفاء » ولأن المصالح إنما تتمّ بين المتكافئين غالبا فيشترط ليتمّ المقصود منه . قال وتعتبر (فى النسب) فقريش بعضهم أكفاء لبعض لايكافئهم غيرهم من العرب ، والعرب بعضهم أكفاء

وفى الدِّين وَالتَّقْوَى وفى الصَّنائِعِ وفى الحُرِّيَّةِ وفى المَالِ ، وَمَنْ لَهُ أَبٌ فى الإسْلام أوِ الحُرِّيَّةِ لايُكافِئُ مَنْ لَهُ أبَوَانِ ، وَالأبَوَانِ (س) وَالأكْثَرُ سَوَاءٌ ،

لبعض لايكافئهم الموالى ،قال عليه الصلاة والسلام « قريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض » وقال عليه الصلاة والسلام « والموالى بعضهم أكفاء لبعض » ولا يعتبر التفاضل فى قريش وإن كان أفضلهم بنو هاشم لما روينا ، ولأن النبىّ عليه الصلاة والسلام زوّج ابنته عثمان وكان عبشميا أمويا ، وعلىّ رضى الله عنه زوّج ابنته عمر رضى الله عنه وكان عدويا . قال محمد : إلا أن يكون نسبا مشهورا كبيت الخلافة تعظيما لها . قال (وفى الدين والتقوى) حتى إن بنت الرجل الصالح لو تزوّجت فاسقا كان للأولياء الردّ لأنه من أفجر الأشياء وأنها تعير بذلك ، وقوله عليه الصلاة والسلام « عليك بذات الدين تربت يداك » إشارة إلى أنه أبلغ فى المقصود . وقال محمد : لايعتبر إلا أن يكون فاحشا كمن يصفع ويسخر منه أو يخرج سكران ويلعب به الصبيان لأنه من أمور الآخرة فلا يبتنى عليه أحكام الدنيا ، ولأن الأمير النسيب كفء للدنية ، إن كان لايبالى بما يقولون فيه ولا يلحقها به شين ، بخلاف الفاحش لأنه يلحقها به شين . وعن أبى يوسف إذا كان الفاسق ذا مروءة فهو كفء ، وهو أن يكون متسترا لأنه لايظهر فلا يلتحق بها الشين . قال (وفى الصنائع) لأن الناس يعيرون بالدنىء منها . وعن أبى حنيفة أنه غير معتبر فانه يمكن الانتقال عنها فليست وصفا لازما . وعن أبى يوسف لايعتبر إلا أن يفحش كالحائك والحجام والكناس والدباغ فانه لايكوْن كفوًا لبنت البزاز والعطار والصيرفى والجوهرى . قال (وفى الحرّية) فلا يكون العبد كفوًا للحرّة لأنها تعير به فانه نقص وشين . قال (وفى المال) وهو ملك المهر المعجل والنفقة فى ظاهر الرواية حتى لووجد أحدهما دون الآخر لايكون كفوًا ، لأن بالنفقة تقوم مصالح النكاح ويدوم الازدواج فلا بدّ منه ، والمهر بدل البضع فلا بدّ من إيفائه ؛ والمراد به ما تعارف الناس تعجيله حتى يسمونه نقدا والباقى بعده تعارفوه مؤجلا . وعن أبى يوسف إن كان يملك المهر دون النفقة ليس بكفء ، وإن كان يملك النفقة دون المهر فهو كفء لأن المهر تجرى فيه المساهلة ، ويعدّ الرجل قادرا عليه بقدرة أبيه . أما النفقة لابدّ منها فى كل وقت ويوم . وفى النوادر عن أبى حنيفة ومحمد : امرأة فائقة فى اليسار زوّجت نفسها ممن يقدر على المهر والنفقة ردّ عقدها . وقال أبو يوسف : إذا كان قادرا على إيفاء ما يعجل ويكتسب ما ينفق عليها يوما بيوم كان كفوًا لها ، ولااعتبار بما زاد على ذلك لأن المال غاد ورائح . قال (ومن له أب فى الإسلام أو الحرّية لايكافئ من له أبوان) لأن النسب بالأب وتمامه بالجد (والأبوان والأكثر سواء) لما بينا . وعند أبى يوسف الواحد والأكثر سواء ، وقد سبق فى الدعوى ، ومن أسلم بنفسه لايكون كفوًا

وَإِذَا تَزَوَّجَتْ غَيْرَ كُفْءٍ فَلِلْوَلِيِّ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ قَبَضَ الوَلِيُّ المَهْرَ أَوْ جَهَّزَ بِهِ أَوْ طَالَبَ بِالنَّفَقَةِ فَقَدْ رَضِيَ ، وَإِنْ سَكَتَ لَا يَكُونُ رِضًى ، وَإِنْ رَضِيَ أَحَدُ الأَوْلِيَاءِ فَلَيْسَ (س) لِغَيْرِهِ مِمَّنْ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ أَوْ أَسْفَلَ مِنْهُ الِاعْتِرَاضُ ، وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ مِنْهُ فَلَهُ ذَلِكَ ،

لمن له أب واحد فى الإسلام لأن التفاخر بالإسلام ، والكفاءة فى العقل ، قيل لاتعتبر ، وقيل تعتبر ، فلا يكون المجنون كفؤا للعاقلة . قال (وإذا تزوّجت غير كفء فللولىّ أن يفرّق بينهما) دفعا للعار عنه ، والتفريق إلى القاضى كما تقدم فى خيار البلوغ ، وما لم يفرّق فأحكام النكاح ثابتة ، ولا يكون الفسخ طلاقا لأن الطلاق تصرّف فى النكاح وهذا فسخ لأصل النكاح ، ولأن الفسخ إنما يكون طلاقا إذا فعله القاضى نيابة عن الزوج وهذا ليس كذلك ، ولهذا لايجب لها شىء من المهر إن كان قبل الدخول لما بينا ، وإن دخل بها فلها المسمى وعليها العدّة ولها نفقة العدّة للدخول فى عقد صحيح . قال (فان قبض الولىّ المهر أو جهز به أوطالب بالنفقة فقد رضى) لأن ذلك تقرير للنكاح وأنه رضى كما إذا زوّجها فمكنت الزوج من نفسها (وإن سكت لايكون رضى) وإن طالت المدّة ما لم تلد لأن السكوت عن الحقّ المتأكد لايبطله لاحتمال تأخره إلى وقت يختار فيه الخصومة (وإن رضى أحد الأولياء فليس لغيره ممن هو فى درجته أو أسفل منه الاعتراض وإن كان أقرب منه فله ذلك) وقال أبو يوسف : للباقين حقّ الاعتراض لأنه حقّ ثبت لجماعتهم فاذا رضى أحدهم فقد أسقط حقه وبقى حقّ الباقين . ولنا أن هذا فيما يتجزأ وهذا لايتجزأ وهو دفع العار فجعل كل واحد منهما كالمنفرد كما مرّ ، وهذا لأنه صحّ الإسقاط فى حقه فيسقط فى حقّ غيره ضرورة عدم التجزى كالعفو عن القصاص وصار كالأمان ، بخلاف ما إذا رضيت لأن حقها غير حقهم ، لأن حقها صيانة نفسها عن ذلّ الاستفراش ، وحقهم فى دفع العار ، فسقوط أحدهما لايقتضى سقوط الآخر . وروى الحسن عن أبى حنيفة إذا تزوّجت بغير كفء لم يجز . قال شمس الأئمة السرخسى : وهو أحوط فليس كلّ ولىّ يحسن المرافعة إلى القاضى ، ولا كل قاض يعدل ، فكان الأحوط سدّ هذا الباب (١) ، ولوانتسب إلى غير نسبه فتزوّجته إن كان النسب المكتوم أفضل لاخيار لها ولا للأولياء كما إذا اشتراه على أنه معيب فاذا هو سليم ، وإن كان دونه فلها ولهم الخيار ، وإن رضيت فلهم الخيار لما تقدّم ، وإن كان دونه إلا أنه كفء بالنسب المكتوم فلا خيار للأولياء لأنه كفء لهم فلا عار عليهم ولها الخيار لأنه شرط لها زيادة منفعة ، وقد فاتت فيثبت الخيار كما إذا اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فوجده لايحسنه ، وهذا لأن الاستفراش ذلّ

---

(١) قال فى الخانية : هذا أصحّ وأحوط ، والمختار للفتوى فى زماننا .

وَإِنْ نَقَصَتْ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا فَلِلْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُفَرِّقُوا أَوْ يُتَمِّمَهُ .

الْمَهْرُ أَقَلُّهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ أَوْ مَا قِيمَتُهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِلَّا مَالًا ،

فى جانبها ، وهى إنما رضيت باستفراش من هو أفضل منها ، وإن كانت هى التى غرّته فلا خيار له لأنه لايفوته شيء من المصالح ، والكفاءة ليست بشرط من جانبها ، وهو قادر على الطلاق وصار كالجب والعنة والرتق . وعن أبى بكر الرازى وأبى الحسن الكرخى أنه لاتعتبر الكفاءة ، وهومذهب مالك لقوله تعالى ـ إنا خلقناكم من ذكر وأنثى ـ إلى أن قال ـ إن أكرمكم عند الله أتقاكم ـ وقال عليه الصلاة و السلام « ليس لعربىّ على عجمىّ فضل إلا بالتقوى » وقال عليه الصلاة والسلام لأبى هريرة « لو كان لى بنت لزوجتك » وروى « أن بلالا خطب امرأة من الأنصار فأبوا أن يزوجوه ، فقال له عليه الصلاة والسلام : قل قل لهم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمركم أن تزوجونى » وجوابه ما تقدم ، ولأن المراد بالآية حكم الآخرة لا الدنيا ، لأن التقوى لايعلم حقيقتها إلا الله وثوابها فى الآخرة وكذا قوله عليه الصلاة والسلام المراد به الفضل عند الله تعالى وهو جواب الحديث ، ويجب الحمل عليه توفيقا بين الأدلة . قال (وإن نقصت من مهر مثلها فللأولياء أن يفرقوا أويتممه) ولا إشكال فى ذلك على قولهما لأنه يجوز نكاح المرأة بغير إذن وليها أما على قول محمد فلا إشكال أيضا على رواية رجوعه . إلى قول أبى حنيفة ، وعلى قول الأول فيه إشكال لأنه لايصح نكاحها عنده إلا باذن الولى . قالوا : صورته إذا أكره الولى المرأة على النكاح بدون مهر المثل ثم زال الإكراه فأجازت النكاح فللأولياء الاعتراض عند أبى حنيفة خلافا لهما على ما تقدم .

فصل

(المهر أقله عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم ، ولا يجوزأن يكون إلا مالا) والأصل فيه قوله تعالى ـ وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ـ علق الحلّ بشرط الابتغاء بالمال فلا يحل دونه ، وسقوطه بالطلاق قبل الدخول عند عدم التسمية لايدل على عدمه لأنه يشبه الفسخ ، وسقوط العوض عند وجود الفسخ لايدل على عدم الوجوب ، ولأن سقوطه يدل على ثبوته إذ لايسقط إلا ما ثبت ولزم ، والتنصيف بالطلاق قبل الدخول ثبت نصا على خلاف القياس ، والمذكور فى الآية مطلق المال فكان مجملا ، والنبى عليه الصلاة والسلام فسره بالعشرة فقال فيما رواه عنه جابر وعبد الله بن عمر « لامهر أقل من عشرة دراهم » ولأن المهر ثبت حقا لله تعالى حتى لايكون النكاح بدونه ، ولونفاه أو سكت عنه ، ولهذا كان لها المطالبة بالفرض والتقدير وأنه يبتنى على وجود الأصل ،

فانْ سَمَّى أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ فَلَهَا عَشَرَةٌ (ز) ، وَمَنْ سَمَّى مَهْرًا لَزِمَهُ بالدخُولِ وَالمَوْتِ ، وَإنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ لَزِمَهُ نِصْفُهُ ، وَإنْ لَمْ يُسَمِّ لَهَا مَهْرًا أوْ شَرَطَ أنْ لامَهْرَ لَهَا فَلَهَا مَهْرُ المِثْلِ بالدخُولِ وَالمَوْتِ وَالمُتْعَةُ بالطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلا تَجِبُ إلاَّ لِهَذِهِ ، وَتُسْتَحَبُّ لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ سِوَاهَا . وَالمُتْعَةُ دِرْعٌ وَخِمَارٌ وَمِلْحَفَةٌ يُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِحَالِهِ ، وَلا تُزَادُ عَلَى قَدْرِ نِصْفِ مَهْرِ المِثْلِ ،

وما ثبت لحقّ الله تعالى يدخله التقدير كالزكاة . قال (فان سمى أقلّ من عشرة فلها عشرة) وقال زفر : لها مهر المثل لأنه سمى ما لايصلح مهرا فصار كعدم التسمية . ولنا أن العشرة لاتتبعض فى حكم العقد ، فتسميته بعضه كتسميته كله كالطلقة ، وكما إذا تزوّج نصفها ، لأن الشرع أوجبه إظهارا لخطر النكاح ، ولا يظهر بأصل المال لتناوله الحقير منه ، وما أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة ، ولأنها حطت عنه ما تملكه وما لاتملكه ، فيسقط ما تملكه وهو الزيادة على العشرة ، ولا يسقط ما لاتملكه وهو تمام العشرة ، كما إذا أسقط أحد الشريكين الدين المشترك يصحّ فى نصيبه خاصة . قال (ومن سمى مهرا لزمه بالدخول والموت) أما الدخول فلأنه تحقق به تسليم المبدل ، وبالموت يتقرّر النكاح بانتهائه فيجب البدل (وإن طلقها قبل الدخول لزمه نصفه) لقوله تعالى ـ فنصف ما فرضتم ـ . قال (وإن لم يسمّ لها مهرا أو شرط أن لامهر لها فلها مهر المثل بالدخول والموت والمتعة بالطلاق قبل الدخول) لأن النكاح صحّ فيجب العوض لأنه عقد معاوضة ، والمهر وجب حقا للشرع على ما بينا ، والواجب الأصلى مهر المثل لأنه أعدل فيصار إليه عند عدم التسمية ، بخلاف حالة التسمية لأنهم رضوا به ، فان كان أقلّ من مهر المثل فقد رضيت بالنقصان ، وإن كان أكثر فقد رضى بالزيادة . قال عليه الصلاة والسلام « المهر ما تراضى عليه الأهلون » وقد صحّ أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع بنت واشق الأشجعية بمهر المثل ، وقد تزوّجت بغير مهر ومات عنها قبل الدخول . وأما وجوب المتعة بالطلاق قبل الدخول فلقوله تعالى فيه ـ ومتعوهنّ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ـ قال (ولا تجب إلا لهذه) لأنها قائمة مقام نصف المهر وهى خلف عنه فلا تجتمع مع الأصل فى حقّ غيرها ، ولهذا لو كانت قيمتها أكثر من نصف مهر المثل وجب نصف مهر المثل ولا ينقص من خمسة دراهم (وتستحبّ لكلّ مطلقة سواها) قال (والمتعة درع وخمار وملحفة) هكذا ذكره ابن عباس وعائشة رضى الله عنهما (يعتبر ذلك بحاله) لقوله تعالى ـ على الموسع قدره ـ (ولا تزاد على قدر نصف مهر المثل) لأن النكاح الذى سمى فيه أقوى ، فاذا لم يجب فى الأقوى أكثر من نصف المهر لايجب فى الأضعف بطريق الأولى .

وَإِنْ زَادَهَا فِى المَهْرِ لَزِمَتْهُ الزِّيادَةُ ، وَتَسْقُطُ بالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ (س) ، وَإِنْ حَطَّتْ مِنْ مَهْرِها صَحَّ الحَطُّ ، وَالخَلْوَةُ الصَّحِيحَةُ فِى النِّكاحِ الصَّحِيحِ كالدُّخُولِ ، وكَذَلِكَ العِنِّينُ وَالخَصِيُّ وَالمَجْبُوبُ (سم) . وَالخَلْوَةُ الصَّحِيحَةُ أَنْ لايَكُونَ ثَمَّ مانِعٌ مِنَ الوَطْءِ طَبْعاً وَشَرْعاً ، فالمَرَضُ المانِعُ مِنَ الوَطْءِ مِنْ جِهَتِهِ أَوْ جِهَتِها مانِعٌ طَبْعاً، وكَذَلِكَ الرَّتْقُ وَالقَرْنُ والحَيْضُ وَالإِحْرامُ وَصَوْمُ رَمَضانَ وَصَلاةُ الفَرْضِ

قال (وإن زادها فى المهر لزمته الزيادة) لما مرّ فى البيوع فى الزيادة فى الثمن والمثمن (وتسقط بالطلاق قبل الدخول) وعند أبي يوسف تتنصف بالطلاق قبل الدخول ، لأن عنده المفروض بعد العقد كالمفروض فيه . وعندهما التنصيف يختصّ بالمفروض فيه . وأصله أنه إذا تزوّجها ولم يسمّ لها مهرا ثم اصطلحا على تسمية فهى لها إن دخل بها أو مات عنها ، وإن طلقها قبل الدخول فالمتعة . وقال أبو يوسف : يتنصف ما اصطلحا عليه لقوله تعالى - فنصف مافرضتم - . ولهما أن هذا تعيين لما وجب بالعقد من مهر المثل ، ومهر المثل لايتنصف ، فكذا ما يقوم مقامه ، والفرض المعروف هو المفروض فى العقد ، وهو المراد بالنصّ . قال (وإن حطت من مهرها صحّ الحطّ) لأنه خالص حقها بقاء واستيفاء فتملك حطه كسائر الحقوق . قال (والخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح كالدخول) لما روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » وروى زرارة بن أبي أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم أنه إذا أرخى سترا أو أغلق الباب فلها الصداق كاملا وعليها العدّة . وقال عمر رضى الله عنه : فيه ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم ، ولأنه عقد على المنافع فيستقرّ بالتخلية كالإجارة ولأنها سلمت المبدل إليه فيجب لها البدل كالبيع (وكذلك العنين والخصىّ) لما ذكرنا (و) كذلك (المجبوب) وقالا : يجب عليه نصف المهر لوجود المانع قطعا وهو أعجز من المريض ، وله أن المستحقّ له فى هذا العقد إنما هو السحق (١) وقد سلمت إليه ذلك (والخلوة الصحيحة أن لايكون ثم مانع من الوطء طبعا وشرعا ، فالمرض المانع من الوطء من جهته أو جهتها مانع طبعا ، وكذلك الرتق والقرن) وكذا إذا كان يخاف زيادة المرض ، فانه لايعرى عن نوع فتور (والحيض) مانع شرعا وطبعا إذ الطباع السليمة تنفر منه (والإحرام) بالحجّ أو العمرة فرضا أو نفلا (وصوم رمضان وصلاة الفرض) مانع شرعا . أما الإحرام

---

(١) أى الوطء .

وفى النِّكاحِ الفاسِدِ لا يَجِبُ إلاَّ مَهرُ المِثْلِ ، ولا يَجِبُ إلاَّ بالدُّخُولِ حقيقةً ، ولا يتجاوزُ بِهِ المُسمَّى ، ويَثْبُتُ فيهِ النَّسَبُ .

وإنْ تزوَّجَها على خَمرٍ أوْ خِنزيرٍ ، أوْ على هذَا الدَّنِّ مِنَ الخَلِّ (سم) فإذَا هُوَ خَمرٌ ؛ أوْ على هذَا العَبْدِ فإذَا هُوَ حُرٌّ ؛ أوْ على خِدْمَتِهِ سَنَةً (س) ؛ أوْ تَعليمِ القُرآنِ جازَ النِّكاحُ (م) ، ولها مَهرُ المِثْلِ .

فلما يلزمه من الدم ، وفى الصوم لما يلزمه من الكفارة والقضاء ، بخلاف التطوّع فانه يجوز إفطاره بعذر يتعلق بحق الآدمى كالضيافة ، ولا كذلك رمضان والمنذور والقضاء فيه روايتان ؛ وقيل فى صوم يوم التطوّع روايتان ، وكذلك السنن إلا ركعتى الفجر والأربع قبل الظهر لشدّة تأكيدهما بالوعيد على تركهما ، والمكان الذى تصحّ فيه الخلوة أن يأمنا فيه اطلاع غيرهما عليهما حتى لو خلا بها فى مسجد أو حمام أو طريق أو على سطح لاحجاب له فليست صحيحة ، وكذلك لو كان معهما أعمى أو صبىّ يعقل أو مجنون أو كلب عقور أو منكوحة له أخرى أواجنبية ؛ وفى الأمة فيه روايتان ، وعليها العدّة فى جميع ذلك احتياطا لأنها حقّ الشرع . قال (وفى النكاح الفاسد لايجب إلا مهر المثل ، ولا يجب إلا بالدخول حقيقة) لأن الحرمة قائمة وأنها مانعة شرعا ، فلا يجب إلا باستيفاء منافع البضع حقيقة ، وإنما يجب مهر المثل لأنه لما فسد المسمى صرنا إلى مهر المثل ، إذ هو الموجب الأصلى لما مرّ (ولا يتجاوز به المسمى) لأن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوّم بالتسمية ، فان نقصت عن مهر المثل لاتجب الزيادة عليهما لعدم التسمية ، وإن زادت لاتجب الزيادة لفساد التسمية بخلاف البيع الفاسد حيث تجب القيمة بالغة ما بلغت لأنه مال متقوّم فيتقدر بدله بقيمته (ويثبت فيه النسب) لأنه مما يحتاط فى إثباته ، وأوّل مدّته وقت الدخول ، بخلاف النكاح الصحيح حيث يعتبر من وقت العقد ، لأن الصحيح داع إلى الوطء فأقيم العقد مقامه ، والفاسد ليس بداع لما بينا من الحرمة فلا يقام العقد مقامه ، وعليها العدّة احتياطا وتحرّزا عن اشتباه النسب ، وأوّلها يوم التفريق لأنها وجبت لشبهة النكاح ، والشبهة إنما ترتفع بالتفريق .

فصـــل

(وإن تزوّجها على خمر أو خنزير ،أو على هذا الدنّ من الخلّ فاذا هو خمر ؛ أو على هذا العبد فاذا هو حرّ ؛ أو على خدمته سنة ، أو تعليم القرآن جاز النكاح ولها مهر المثل) أما الخمر والخنزير فلأنه شرط فاسد فيلغو ، والنكاح لايبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف البيع ، وإذا بطلت التسمية صارت كالعدم فيجب مهر المثل لما تقدّم . وأما الدنّ فكذلك

وَإِذَا تَزَوَّجَ العَبْدُ بِإِذْنِ مَوْلَاهُ عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً جَازَ وَلَهَا الخِدْمَةُ ، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ وَفَى فَلَهَا المُسَمَّى ،

عند أبي حنيفة ، لأن الإشارة أبلغ فى التعريف من التسمية فصار كأنه تزوّجها على الخمر ، وقالا : لها مثل وزنه خلا ، وكذلك العبد عند أبي حنيفة لما مرّ . وقال أبو يوسف : يجب فيه مثل قيمته لو كان عبدا لأنه أطمعها فى مال وقد عجز عن تسليمه فيجب قيمته أو مثله كما إذا تزوّجها على عبد الغير . وقال محمد : يجب مهر المثل لأن الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه ، لأن المسمى موجود فى المشار إليه ذاتا ، ألا يرى أنه لو اشترى فصا على أنه ياقوت أحمر فاذا هو أخضر انعقد العقد لاتحاد الجنس ، وإن كان المسمى من خلاف جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمسمى لأنه ليس موجودا فيه لاذاتا ولا صفة ، ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج لاينعقد العقد لاختلاف الجنس ، وفيما نحن فيه العبد والحرّ جنس واحد فيتعلق العقد بالمشار إليه كأنه تزوّجها على حرّ فيلزمه مهر المثل.أما الخلّ والخمر جنسان لتفاحش التفاوت بينهما فيتعلق العقد بالمسمى وهو الخلّ فيلزمه ؛ وأما إذا تزوّجها على خدمته سنة ، أو تعليم القرآن فمذهبهما وجوب مهر المثل . وقال محمد : لها قيمة خدمته لأنه مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة فصار كما إذا تزوّجها على عبد الغير فانه تجب القيمة . ولهما أن الخدمة ليست بمال لأنها لاتستحقّ بحال فصار كتسمية الخمر ، وهذا لأن تقوّم المنافع بالعقد ، فاذا لم يجب تسليمها فيه لم يظهر تقوّمها فيصار إلى مهر المثل لمابينا أو نقول المشروع الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع لما بينا ، أو نقول تعليم القرآن واجب فلا يجوز أن يكون مهرا كتعليم الشهادتين ، بخلاف خدمة العبد لأنها مال فانها تتضمن تسليم رقبته ، ولأن استحقاق الزوجة خدمة الزوج قلب الموضوع ، لأن توقير الزوج واجب عليها وفى استخدامه إهانته . قال (وإذا تزوّج العبد باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها الخدمة) لأنها مال على ما بينا ولا مناقضة فانه يخدم المولى معنى حيث كان بأمره ؛ ولو تزوّجها على خدمة حرّ آخر ، الصحيح أنه يصحّ إذ لامناقضة ، وترجع بقيمة خدمته على الزوج ، ولو تزوّجها على أن يرعى غنمها أو يزرع أرضها فيه روايتان والفرق على إحداهما أنه لامناقضة لأنه من باب القيام بمصالح الزوجية ؛ ولو جمع بين ماهو مال وما ليس بمال ، فإن وفى المال بالعشرة فهو لها لاغير ، وإن لم يف فلها تمام مهر مثلها كما لو تزوّجها على عشرة دراهم ورطل من خمر فلها العشرة ولا يكمل لها مهر المثل ؛ ولو تزوّجها على عيب عبد اشتراه منها جاز ، فان كانت قيمة العيب عشرة فهو لها وإلا يكمل عشرة . قال (وإن تزوّجها على ألف على أن لايتزوّج عليها،فان وفى فلها المسمى) لأنه

وَإِلاَّ فَمَهْرُ مِثْلِها ، وَإِنْ قالَ عَلى أَلْفٍ إِنْ أَقامَ بِهَا ، وَأَلْفَيْنِ إِنْ أَخْرَجَها ، فانْ أَقامَ فَلَهَا الأَلْفُ ، وَإِنْ أَخْرَجَها فَمَهْرُ مِثْلِها (سم ز) ، وَإِنْ تَزَوَّجَها عَلى هَذَا العَبْدِ أَوْ هَذَا فَلَها أَشْبَهَهُما بِمَهْرِ المِثْلِ (سم) ، وَإِنْ كانَ مَهْرُ المِثْلِ بَيْنَهُما فَلَها مَهْرُ المِثْلِ (سم) ؛ وَإِنْ تَزَوَّجَها عَلى حَيَوَانٍ ، فانْ سَمَّى نَوْعَهُ كالْفَرَسِ جازَ ، وَإِنْ لَمْ يَصِفْهُ وَلَهَا الوَسَطُ ، فانْ شاءَ أَعْطاها ذلكَ ، وَإِنْ شاء قِيمتَهُ ؛ وَالثَّوْبُ مِثْلُ الحَيَوَانِ ، إِلاَّ أَنَّه إِنْ ذَكَرَ وَصْفَهُ لَزِمَهُ تَسْلِيمُهُ ،

يصلح مهرا وقد تراضيا به (وإلا فهر مثلها) لأنها ما رضيت بالألف إلا مع ما ذكر لها من المنفعة فيكمل لها مهر المثل لأنها لم ترض به فكأنه ما سمى ، ولو تزوجها على ألف وكرامتها (١) فلها مهر المثل لاينقص من ألف لأنه رضى بها ، وإن طلقها قبل الدخول لها نصف الألف لأنها أكثر من المتعة (وإن قال على ألف إن أقام بها وألفين إن أخرجها ، فان أقام فلها الألف) لما بينا (وإن أخرجها فهر مثلها) لايزاد على ألفين ولا ينقص من ألف ، وقالا : الشرطان جائزان ، وعند زفر فاسدان ولها مهر المثل فى الوجهين ، وعلى هذا على ألف إن لم يتزوّج عليها ، وألفين إن تزوّج . لزفر أن كل واحد منهما على خطر الوجود فكان المهر مجهولا . ولهما أن كل واحد منهما فيه غرض صحيح وقد سمى فيه بدلا معلوما فصار كالخياطة بالفارسية والرومية . ولأبى حنيفة أن الشرط الأوّل صحّ وموجبه المسمى لما بينا . والشرط الثانى ينفى موجب الأوّل والتسمية متى صحت لايجوز نفى موجبها فيبطل الشرط الثانى ؛ ولو تزوّجها على ألف إن كانت قبيحة ، وألفين إن كانت جميلة صحّ الشرطان ، والفرق أنه لامخاطرة هنا ، لأن المرأة على صفة واحدة إلا أن الزوج يجهلها ، وفى المسئلة الأولى المخاطرة موجودة فى التسمية الثانية ، لأنه لايدرى أن الزوج هل يفى بالشرط الأوّل أم لا (وإن تزوّجها على هذا العبد أو هذا فلها أشبههما بمهر المثل ، وإن كان مهر المثل بينهما فلها مهر المثل) وقالا : لها الأوكس بكل حال ؛ وإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس بالإجماع . لهما أن الأوكس مسمى بيقين لأنه أقلّ ولا يصار إلى مهر المثل مع المسمى . ولأبى حنيفة أن الأصل مهر المثل ، وإنما يترك عند صحة المسمى وأنه مجهول لدخول كلمة أو فيكون فاسدا ، إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فقد رضيت بالحطّ ، وإن كان أقلّ فقد رضى بالزيادة ، ومتى جهل المسمى تجب المتعة بالطلاق قبل الدخول ، إلا أن نصف الأوكس يزيد عليها عادة فيجب لاعترافه به . قال (وإن تزوّجها على حيوان فان سمى نوعه كالفرس جاز وإن لم يصفه ولها الوسط فان شاء أعطاها ذلك ، وإن شاء قيمته ؛ والثوب مثل الحيوان ، إلا أنه إن ذكر وصفه لزمه تسليمه

---

(١) قوله وكرامتها : أى بأن يحسن إليها بشىء تسرّ به .

وكَذَلِكَ كُلُّ ما يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ .

وكذلك كلّ ما يثبت فى الذمة) والأصل فى ذلك أن التسمية لاتصحّ مع جهالة الجنس والنوع والصفة لأنها تؤدّى إلى المنازعة ، وتصحّ مع الجهالة اليسيرة كجهالة الوصف لأن النكاح يحتمل ضربا من الجهالة ، لأن مبناه على المساهلة والمسامحة ، ألا ترى أنه يجوز بمهر المثل مع جهالته لما أنها لاتوجب المنازعة كذلك جهالة الوصف ، بخلاف البيع لأن مبناه على المماكسة والمضايقة . ثم الجهالة أنواع : منها جهالة النوع والوصف كقوله : ثوب أو دابة أو دار فلا تصحّ هذه التسمية لتفاوتها تفاوتا فاحشا فى الصور والمعانى فيجب مهر المثل ، وكذا التسمية مع الخطر كقوله على ما فى بطن جاريته أوغنمه أو ما يحمله نخله هذه السنة . ومنها ما هو معلوم النوع مجهول الصفة مثل قوله عبد أو فرس أو بقرة أو شاة أو ثوب هروى فانه تصحّ التسمية ، ويجب الوسط منه لأنه إذا كان معلوم النوع كان له جيد وردىء ووسط والوسط أعدل لأنه ذو حظّ من الطرفين ؛ وعند جهالة النوع لاوسط لاختلاف معانى الأنواع ، فان معنى الفرس غير معنى الجمل ، ومعنى الشاة غير معنى الجاموس ؛ وكذلك اختلاف أنواع الثياب كالأطلس والقطن وغيرهما ، وإنما يتخير لأن الوسط إنما يعرف بالقيمة فكانت أصلا فى حقّ الإيفاء ، والعين أصل من حيث التسمية فيتخير وتجبر المرأة على القبول ، وقال زفر : إذا كان المهر ثوبا صوفا لاتجبر على أخذ القيمة ، وهو رواية عن أبى حنيفة لأنها استحقت الثوب بالتسمية فلا تجبر على أخذ غيره كما فى السلم . وجوابه إذا لم يكن معينا فهو وقيمته سواء فى الجهالة فتجبر على القبول كما فى الحيوان . واختار بعضهم قول زفر وقال هو الأصحّ ، لأن الثوب وجب فى الذمة وجوبا مستقرّا كالسلم ، ولا كذلك الحيوان لأنه لايجب فى الذمة وجوبا مستقرّا فى السلم فكذا هنا ، ثم عند أبى حنيفة قيمة العبد الوسط أربعون دينارا ، وإن سمى أبيض فخمسون وهو قيمة الغرّة ، والمهر بمعنى الغرّة ، وعندهما على قدر الرخص والغلاء ، وقيل هذا اختلاف زمان لابرهان . ومنها ما هو معلوم الجنس والصفة وهو غير معين كما إذا تزوّجها على مكيل أو موزون موصوف فى الذمة تصحّ التسمية ، ويلزمه تسليم عينه لأن ذلك يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا فيلزمه تسليمه كالنقود ؛ ولو تزوّجها على كرّ حنطة مطلقا ولم يصفه يخير الزوج بين الوسط وبين قيمته . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يلزمه تسليم الكرّ ؛ ولو تزوّج امرأتين على ألف قسمت الألف على قدر مهر مثليهما رجوعا إلى الأصل لأنه لما أضاف إليهما فقد أضاف إلى كلّ واحدة ما تستحقه واستحقاقهما فى الأصل مهر المثل كمن دفع إلى ربى دين ألفا بينهما فانهما يقتسمانها على قدر دينيهما كذلك هذا ، فان طلقهما قبل الدخول فنصف الألف بينهما على قدر حقيهما ، فان لم يصحّ نكاح إحداهما

وَمَهْرُ مِثْلِها يُعْتَبَرُ بِنِساءِ عَشِيرَةِ أَبِيها، فإنْ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُم مِثْلَ حالِها فَمِنَ الأَجانِبِ، وَيُعْتَبَرُ بامْرَأةٍ هِيَ مِثْلُها فى السِّنِّ والحُسْنِ والبَكارَةِ والبَلَدِ والعَصْرِ والمَالِ، فإنْ لَمْ يُوجَدْ ذلكَ كُلُّهُ فالَّذِى يُوجَدُ مِنْهُ؛ ولِلْمَرْأَةِ أنْ تَمْنَعَ نَفْسَها وأنْ يُسافِرَ بِها حَتَّى يُعْطِيَها مَهْرَها،

صحّ نكاح الأخرى، لأن المبطل اختصّ بها فلا يتعدّاها والألف كلها للتى صحّ نكاحها. وقالا: يقسم على مهر مثليهما كالمسألة الأولى لأنه أضافه إليهما كهى، فما أصاب التى صح نكاحها فهو لها ويسقط الباقى. ولأبى حنيفة أن إضافة النكاح إلى من لايصحّ نكاحها لغو فصار كما إذا ضمّ إليها أسطوانة أودابة، والبدل إنما ينقسم بحكم المعاوضة والمساواة والدخول فى العقد، ولا معاوضة فى المحرمة، ولا مساواة ولا دخول فى العقد فصارت عدما، وإضافة الشىء إلى اثنين واختصاصه بأحدهما جائز، قال تعالى - يا معشر الجنّ والإنس ألم يأتكم رسل منكم - أضاف الرسل إليهما، والرسل مختصة بالإنس دون الجنّ، فان دخل بالتى لم يصحّ نكاحها فلها مهر المثل عند أبى حنيفة، وهو الصحيح لأنه وطء حرام سقط فيه الحدّ لشبهة العقد فيجب مهر المثل، وعندهما الأقلّ من مهر المثل ومما يخصها. قال (ومهر مثلها يعتبر بنساء عشيرة أبيها) كأخواتها وعماتها وبنات عمها دون أمها وخالتها إلا أن يكونا من قبيلة أبيها، هكذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بروع حين تزوّجت بغير مهر، فقال: لها مهر مثل نسائها ونساؤها أقارب الأب، ولأن قيمة الشىء تعرف بقيمة جنسه، وجنسه قوم أبيه (فان لم يوجد منهم مثل حالها فمن الأجانب) تحصيلا للمقصود بقدر الوسع. قال (ويعتبر بامرأة هى مثلها فى السنّ والحسن والبكارة والبلد والعصر والمـال) فان المهر يختلف باختلاف هذه الأوصاف لأن الرغبات تختلف بها (فان لم يوجد ذلك كله فالذى يوجد منه) لأنه يتعذر اجتماع هذه الأوصاف فى امرأتين فيعتبر بالموجود منها لأنها مثلها. وعن بعض المشايخ أن الجمال لايعتبر إذا كانت ذات حسب وشرف، وإنما يعتبر فى الأوسط لأن الرغبة حينئذ فى الجمال. قال (وللمرأة أن تمنع نفسها وأن يسافربها حتى يعطيها مهرها) لأن حقه قد تعين فى المبدل فوجب أن يتعين حقها فى البدل تسوية بينهما، وإن كان المهر كله مؤجلا ليس لها ذلك لأنها رضيت بتأخير حقها؛ وعند أبى يوسف لها ذلك لأنها سلمت إليه فليس لها أن تمتنع بعده كالبائع إذا سلم المبيع ليس له حبسه بعد ذلك، وله أن المهر مقابل بجميع الوطآت لئلا يخلو الوطء عن العوض إظهارا لخطر البضع إلا أنه تأكد بوطأة الأولى لجهالة ماوراءها، والمجهول لايزاحم المعلوم فإذا وجد بعده وطء آخر صار معلوما فتحققت المزاحمة فصار المهر مقابلا بالكلّ،

فإذَا أوْفاها مَهْرَها نَقَلَها إلى حَيْثُ شاءَ ، وَقِيلَ لايُسافِرُ بِهَا وَعَلَيْهِ الفَتْوَى .

فصـــل

وَلا يَجُوزُ نِكاحُ العَبْدِ وَالأمَةِ وَالمُدَبَّرِ وأمِّ الوَلَدِ إلاَّ باذْنِ المَوْلى، ويَمْلِكُ إجْبارَهُمْ عَلَى النِّكاحِ ، وَإذَا تزَوَّجَ العَبْدُ باذْنِ

ونظيره العبد الجانى إذا جنى جناية يدفع بها ، فإن لم يدفع حتى جنى أخرى وأخرى دفع بالكل . قال (فإذا أوفاها مهرها نقلها إلى حيث شاء) لقوله تعالى ـ أسكنوهنّ من حيث سكنتم ـ (وقيل لايسافر بها وعليه الفتوى) لفساد أهل الزمان ، والغريب يؤذى ، وقيل يسافر بها إلى قرى المصر القريبة لأنها ليست بغربة ، وإذا ضمن الولىّ المهر صحّ ضمانه كغيره من الديون ، وللمرأة أن تطالب أيهما شاءت كسائر الكفالات ، وحكمها فى الرجوع كغيرها من الكفالات ؛ ولو ضمن المهر عن ابنه الصغير صحّ لمـا قلنا ، ولا يرجع عليه إذا أدّى لأنه صلة عرفا ، فإن مات الأب قبل الأداء فأخذ من تركته رجع بقية الورثة على الابن من حصته لأنهم أدّوا عنه دينا عليه من مال مشترك . وقال زفر : لايرجعون كما إذا كفل عن ابنه الكبير بغير أمره أو عن أجنبى . قلنا الكفالة هنا بأمر المكفول عنه حكما لولاية الأب ، فكانت كفالته دليل الأمر من جهته ليرجع ، بخلاف الكبير والأجنبى لأنه لاولاية له عليهما ، وبخلاف ما إذا أدّى حال حياته لأنه متبرّع ، فان العادة جارية بتبرّع الآباء بمهر الأبناء .

فصـــل

(ولا يجوز نكاح العبد والأمة والمدبر وأم الولد إلا باذن المولى) وأصله قوله عليه الصلاة والسلام « أيما امرأة تزوّجت بغير إذن مولاها فهى عاهرة » وقوله « أيما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر » ولأن النكاح عيب فى العبد والمدبر لتعلق النفقة بكسبهما والمهر برقبتهما ، فلا يملك غير المولى ذلك دفعا للضرر عنه ، ولأن منافع البضع للمولى فلا يملكها غيره بغير أمره (ويملك إجبارهم على النكاح) صيانة لملكه وتحصينا له عن الزنا الذى هو سبب هلاكهم أو نقصانهم ، وهذا المعنى يشمل العبد والأمة ؛ وليس للمولى أن يزوّج المكاتب والمكاتبة بغير رضاهما لخروجهما عن يده على ما نبينه فى المكاتب، ولا يجوز نكاحهما إلا باذن المولى للرق الثابت فيهما بالحديث ، ويملك المكاتب تزويج أمته لأنه من الاكتساب ، ولا يملك تزويج العبد لأنه خسران لا اكتساب ، ولو زوّج أمته من عبده بغير مهر جاز ولا مهر لها ؛ وقيل يجب حقا للشرع ثم يسقط . قال (وإذا تزوّج العبد باذن

مَوْلاهُ فالمَهرُ دَيْنٌ فى رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فيهِ وَالمُدَبَّرُ يَسْعَى ، وَإِذَا أُعْتِقَتِ الأَمَةُ أَوِ المُكاتَبَةُ وَلَها زَوْجٌ حرٌّ أَوْ عَبْدٌ فَلَها الخيارُ وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُبَوِّئَها بَيْتَ الزَّوْجِ لَكِنَّها تَخْدُمُ المَوْلى ، وَيُقالُ لَهُ : مَتَى ظَفِرْتَ بِهَا وَطِئْتَها ؛ وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلاهُ فَقالَ لَهُ المَوْلى طَلِّقْها فَلَيْسَ بِاجازَةٍ ، وَلَوْ قالَ طَلِّقْها تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً فَهُوَ إِجازَةٌ ؛

مولاه فالمهر دين فى رقبته يباع فيه) لأنه دين وجب فى رقبته بفعله وقد ظهر فى حقّ المولى حيث وقع بإذنه فيتعلق برقبته دفعا للضرر عن المرأة ، كما فى ديون المـأذون للتجارة (والمد بر يسعى) لأنه لايجوز بيعه فيؤدّى من كسبه وكذلك ولد أم الولد من غير سيدها . قال (وإذا أعتقت الأمة أو المكاتبة ولها زوج حرّ أو عبد فلها الخيار) لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة حين أعتقت « ملكت بضعك فاختارى » جعل العلة المثبتة للخيار معنى فيها وهو ملك البضع فيترتب عليه ، ويستوى فيه الحرّ والعبد لعموم العلة ، على أنه روى أن زوجها كان حرّا ، وهى راجحة على رواية أنه كان عبدا لأن الأصل الحرّية ، ولأنه ازداد الملك عليها فى الفصلين فيثبت لها الخيار فيهما دفعا للضرر عنها . قال (ومن زوّج أمته فليس عليه أن يبوّئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى ، ويقال له متى ظفرت بها وطئتها) لأن حقّ المولى فى الخدمة باق والتبوئة إبطال له فلا يلزمه ذلك ؛ ولو شرط فى العقد أن لايستخدمها بطل الشرط ، فان بوأها بيتا معه فله أن يستخدمها وتبطل التبوئة ، لأن الموجب للخدمة الملك وهو باق فلا تبطله التبوئة . قال (وإن تزوّج عبد بغير إذن مولاه فقال له المولى طلقها فليس باجازة) لأنه يحتمل الرد وهو الظاهر هنا حيث تزوّج بغير أمره وافتات عليه ، وردّ هذا العقد يسمى طلاقا فيحمل عليه ، وكذا لو قال فارقها وبل أولى (ولو قال طلقها تطليقة رجعية فهو إجازة) لأن الطلاق الرجعى إنما يكون فى النكاح الصحيح النافذ ؛ ولو أذن العبد فى النكاح ينتظم الصحيح والفاسد ، وقالا : هو على الصحيح خاصة ، لأن المراد من النكاح الإعفاف وذلك بالدوام عليه ، وأنه فى الصحيح دون الفاسد ، ولأن الاسم عند الإطلاق يقع على الصحيح كما فى اليمين . ولأبى حنيفة أن اللفظ يجرى على إطلاقه كما مرّ فى البيع ، ولئن قال البيع الفاسد يفيد بعض التصرّفات كالعتق والملك وغيره . قلنا والنكاح الفاسد أيضا يفيد بعض التصرّفات كالنسب والعدة والمهر ، ومسئلة اليمين ممنوعة ، ولئن سلمت فالأيمان مبناها على العرف ، وثمرة الاختلاف أنه لو تزوّج امرأة نكاحا فاسدا انتهى الأمر عنده فليس له أن يتزوّج أخرى . وعندهما له أن يتزوّج غيرها نكاحا صحيحا ، لأن الأوّل لم يدخل تحت الأمر فيبقى الأمر ، وليس له أن يتزوّج إلا امرأة

وَالإِذْنُ فِى العَزْلِ لِمَوْلى الأَمَةِ (سم)؛ وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ بِغَيْرِ إِذْنِ المَوْلى ثُمَّ أُعْتِقَا نَفَذَ النِّكَاحُ وَلَا خِيَارَ لِلأَمَةِ .

فصل

تَزَوَّجَ ذِمِّىٌّ ذِمِّيَّةً عَلى أَنْ لَامَهْرَ لَهَا أَوْ عَلَى مَيْتَةٍ ، وَذَلِكَ عِنْدَهُمْ جَائِزٌ جَازَ وَلَا مَهْرَ لَهَا (سم) ، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ شُهُودٍ أَوْ فِى عِدَّةِ (سم) كَافِرٍ آخَرَ جَازَ إِنْ دَانُوهُ ، وَلَوْ أَسْلَمَا أُقِرَّا عَلَيْهِ ،

واحدة لأن الأمر لايقتضى التكرار إلا أن يقول له تزوّج ما شئت فيجوز له أن يتزوّج ثنتين . قال (والإذن فى العزل لمولى الأمة) وقالا : إليها لأن الوطء حقها والعزل تنقيص له فيشترط رضاها . ولأبى حنيفة أن العزل يخلّ بحقّ المولى وهو حصول الولد الذى هو ملكه فيشترط رضاه ، بخلاف الحرّة لأن الولد والوطء حقها . قال (وإذا تزوّج عبد أو أمة بغير إذن المولى ثم أعتقا نفذ النكاح) لأنهما من أهل العبارة والتوقف لحقّ المولى وقد زال (ولا خيار للأمة) لأنه إنما نفذ بعد العتق فصار كأنها تزوجت بعد العتق ، ولو تزوّجت ودخل بها الزوج ثم أعتقها المولى جاز النكاح لما بينا والمهر للمولى لأنه استوفى منفعة مملوكة للمولى . والقياس أن يجب مهر آخر ، إلا أنا استحسنا وقلنا يجب مهر واحد ، لأن الجواز استند إلى أصل العقد ، ولو أعتقها ثم دخل بها فالمهر لها لأنه استوفى منفعة مملوكه لها .

فصل

(تزوّج ذمىّ ذمية على أن لامهر لها أو على ميتة ، وذلك عندهم جائز جاز ولامهر لها) وقالا : لها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها ، وإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة لأنهم التزموا أحكامنا فى المعاملات فصار كالربا ، وله قوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » وما التزموا أحكامنا فيما يعتقدون خلافه ، وعقد الذمة منع إلزامهم بالسيف ، والحجة بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقدهم ، قال عليه الصلاة والسلام « إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد » وكذلك الزنا فانه محرّم فى جميع الأديان (وإن تزوّجها بغير شهود أو فى عدة كافر آخر جاز إن دانوه ، ولوأسلما أقرّا عليه) وقالا : إذا تزوّجها فى العدة فهو فاسد، فان أسلما أو أحدهما أو ترافعا إلينا فرّق بينهما ، لأن نكاح المعتدة حرام بالإجماع ، وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه ، وهم التزموا أحكامنا ولم يلتزموها بجميع الاختلافات . وله أنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة فلا تثبت الحرمة حقا للشرع ولا للمطلق لأنه لايعتقدها ،

وَلَوْ تَزَوَّجَها عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ ثُمَّ أَسْلَما أَوْ أَحَدُهُما فَلَها ذلِكَ (سم) إِن كانا عَيْنَيْنِ ، وَإِلاَّ فَقِيمَةُ الخَمْرِ وَمَهْرُ المِثْلِ فِى الخِنْزِير ، وَإِذا أَسْلَمَ المَجُوسِىُّ فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ تَزَوَّجَ مِنْ مَحارِمِهِ ؛ وَلا يَجُوزُ نِكاحُ المُرْتَدِّ وَالمُرْتَدَّةِ ، وَالوَلَدُ يَتْبَعُ خَيْرَ الأَبَوَيْنِ دِينا ، وَالكِتابِىُّ خَيْرٌ مِنَ المَجُوسِىِّ ؛

بخلاف العدة من المسلم لأنه يعتقدها ، وحالة المرافعة أو الإسلام حالة البقاء ، والعدة لاتنافيها كالموطوءة بشبهة ، وكذا الشهادة ليست شرطا حالة البقاء قال (ولو تزوّجها على خمر أو خنزير ثم أسلما أوأحدهما فلها ذلك إن كانا عينين ، وإلا فقيمة الخمر ومهر المثل فى الخنزير) وقال أبو يوسف : لها مهر المثل فى الحالين . وقال محمد : القيمة فيهما . لهما أن الملك يتأكد بالقبض فأشبه العقد ، والإسلام مانع منه فصارا كما إذا كانا دينين . وإذا امتنع القبض قال أبو يوسف : لوكانا مسلمين عند العقد يجب مهر المثل ، فكذا عند القبض . وقال محمد : صحت التسمية وعجز عن التسليم بالإسلام فتجب القيمة كما إذا كان عبدا فهلك قبل القبض . ولأبى حنيفة أن الملك تمّ بنفس العقد فى المعين حتى جاز لها التصرّف فيه ، وبالقبض ينتقل إلى ضمانها من ضمانه ، والإسلام غيرمانع من ذلك كاستر داد الخمر المغصوب ، وخمر المكاتب الذمى إذا عجز ، والمأذون إذا حجر عليه ؛ وفى غير المعين إنما يملكه بالقبض ، والإسلام مانع منه ؛ وإذا امتنع القبض فالخمر من ذوات الأمثال والخنزير من ذوات القيم ، فتكون القيمة مقامه فلا يجب ، فتعين مهر المثل وتجب القيمة فى الخمر لأنها تقوم مقامها . قال (وإذا أسلم المجوسى فرّق بينه وبين من تزوّج من محارمه) أما عندهما فظاهر ، وأما عند أبى حنيفة فلأن المحرمية إذا طرأت على النكاح الصحيح تبطله ، ولأنها تنافى بقاء النكاح ولا كذلك العدّة على ما بينا ، ويفرق بينهما باسلام أحدهما بالإجماع ، ولا يفرق بمرافعة أحدهما عند أبى حنيفة خلافا لهما لقوله تعالى - فان جاءوك فاحكم بينهم - ولأن مرافعة أحدهما لايبطل حقّ صاحبه لأنه لايعتقده ، بخلاف ماإذا اتفقا حيث يفرق بينهم لما تلونا ، ولأنهما رضيا بحكمنا فيلزمهما . قال (ولا يجوز نكاح المرتدّ والمرتدّة) باجماع الصحابة ، ولأنه لافائدة فيه لأن المقصود من شرع النكاح مصالحه ، ولا توجد لأن المرتدّ يقتل والمرتدّة تحبس ، أو نقول لاملة لهما لأنهما خرجا عن الإسلام ، ولايقرّان على ما انتقلا إليه ، ويجوز نكاح النصرانى المجوسية واليهودية ، واليهودى النصرانية والمجوسية والمجوسى اليهودية والنصرانية ، لأن الكفر كله ملة واحدة ، كذا روى عن عمر رضى الله عنه ، ولا كفاءة بين أهل الكفر . قال (والولد يتبع خير الأبوين دينا) نظرا له حتى لو كان أحدهما مسلما كان مسلما ، ولو أسلم أحدهما ولهما ولد صغير صار مسلما (والكتابى خير من المجوسى) حتى يجوز أكل ذبيحة الكتابى

وَإِذَا أَسْلَمَتِ امْرَأَةُ الكافِرِ عُرِضَ عَلَيْهِ الإِسْلامُ ، فَإِنْ أَسْلَمَ فَهِيَ امْرَأَتُهُ ، وَإِلاَّ فُرِّقَ بَيْنَهُما ، وَتَكُونُ الفُرْقَةُ طَلاقا (س) ؛ وَإِنْ أَسْلَمَ زَوْجُ المَجُوسِيَّةِ فَانْ أَسْلَمَتْ وَإِلاَّ فُرِّقَ بَيْنَهُما بِغَيْرِ طَلاقٍ ؛ وَإِنْ كانَ الإِسْلامُ فى دارِ الحَرْبِ تَتَوَقَّفُ البَيْنُونَةُ فى المَسْئَلَتَيْنِ عَلَى ثَلاثِ حِيَضٍ قَبْلَ إِسْلامِ الآخَرِ ، وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنا مُسْلِما وَقَعَتِ البَيْنُونَةُ بَيْنَهُما ، وكَذَا إِنْ سُبِيَ أَحَدُهُما ، وَلَوْ سُبِيا مَعا لَمْ تَقَعْ ؛

ومناكحته دون المجوسى . قال (وإذا أسلمت امرأة الكافر عرض عليه الإسلام) تحصيلا لمصالح النكاح بالإسلام ، لأنها قد فاتت باسلامها (فإن أسلم فهى امرأته) كما إذا أسلما معا (وإلا فرّق بينهما) لأن الإسلام لايصلح أن يكون سببا للفرقة لما أنه طاعة وعبادة ، فيجعل إباؤه سببا لفوات مصالح النكاح عقوبة (وتكون الفرقة طلاقا) وقال أبو يوسف : لاتكون طلاقا لأنه سبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا ، كما إذا ملكها أو ملكته . ولهما أن الزوج ترك الإمساك بالمعروف مع القدرة عليه فينوب عنه القاضى فى التسريح بالإحسان فيكون قوله كقول الزوج فيكون طلاقا كما فى الجبّ والعنة . قال (وإن أسلم زوج المجوسية ، فان أسلمت وإلا فرّق بينهما بغير طلاق) والفرق أن المرأة ليست من أهل الطلاق فلا ينتقل قول القاضى إليها ، ثم إن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، لأن الفرقة جاءت من قبلها ، وإن كان قد دخل بها فلها المهر لأنه تأكد بالدخول (وإن كان الإسلام فى دار الحرب تتوقف البينونة فى المسئلتين على ثلاث حيض قبل إسلام الآخر) لأنه لابد من الفرقة بينهما ، ولا قدرة على العرض فى دار الحرب فجعلنا ثلاث حيض وهو شرط الفرقة مقام السبب وهو العرض كحافر البئر وغيره ، ثم إذا بانت بثلاث حيض ذكر فى السير الكبير أنه طلاق عندهما . وروى أنه فرقة بغير طلاق كأبى يوسف ؛ ولو أسلم الآخر قبل مضىّ ثلاث حيض لم تبن منه ؛ وإن أسلم زوج الكتابية فلا عرض ولا فرقة لأنه يجوز له نكاحها ابتداء ، فلأن يبقى أولى ؛ ولو أسلم أحد الزوجين وهما صبيان عاقلان عرض الإسلام على الآخر ، لأن الصبىّ يخاطب بالإسلام حقا للعباد حتى إنه يؤاخذ بحقوق العباد ، فإن أبى فرّق بينهما استحسانا إيفاء لحقّ صاحبه ودفعا للضرر عنه . قال (وإذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلما وقعت البينونة بينهما ، وكذا إن سبى أحدهما ، ولو سبيا معا لم تقع) فسبب البينونة هو التباين دون السبى ، لأن مصالح النكاح لاتحصل مع التباين حقيقة وحكما ، لأن مصالحه إنما تحصل بالاجتماع ، والتباين مانع منه . أما السبى فانه يقتضى ملك الرقبة وذلك لاينافى النكاح ابتداء فكذا بقاء . وأما المستأمن فقصده الرجوع

وَإِذَا خَرَجَتِ المَرأةُ إِلَيْنا مُهاجِرَةً لاعِدَّةَ (سم) عَلَيْها ؛ وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بِغَيْرِ طَلاقٍ (م) ؛ ثُمَّ إِنْ كانَ المُرْتَدُّ الزَّوْجَةَ بَعْدَ الدُّخُولِ فَلَها المَهْرُ وَقَبْلَهُ لاشَيْءَ لَها وَلا نَفَقَةَ ، وَإِنْ كانَ الزَّوْجَ فالكُلُّ بَعْدَهُ وَالنِّصْفُ قَبْلَهُ ؛ وَإِنِ ارْتَدّا مَعاً ثُمَّ أَسْلَما مَعاً فَهُما عَلَى نِكاحِهِما .

فلم يوجد تباين الدارين حكما قال (وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة لاعدة عليها) وقالا : عليها العدّة لأنها من أحكام الإسلام والفرقة حصلت فى دار الإسلام . وله قوله تعالى ـ ولا تمسكوا بعصم الكوافر ـ نزلت فى هذه القضية نقلا عن بعض المفسرين ، ولأنها وجبت إظهارا لخطر النكاح ، ولا خطر لنكاح الحربىّ ، ولهذا قلنا لاعدّة على المسبية . قال (وإذا ارتدّ أحد الزوجين وقعت الفرقة بغير طلاق) وقال محمد : إن كان المرتدّ الزوج فهى طلاق لما مرّ فى الإباء ، وأبويوسف مرّ على أصله أيضا . والفرق لأبى حنيفة أن الردّة تنافى المحلية كالمحرمية والطلاق رافع فتعذّر أن تكون الفرقة طلاقا ، ولهذا لايحتاج فى الفرقة هنا إلى القضاء ، أما الإباء لاينافى المحلية والنكاح ، ولهذا تتوقف الفرقة على القضاء ، وإنما بالإباء امتنع عن التسريح بالإحسان فناب القاضى منابه على ما بينا (ثم إن كان المرتدّ الزوجة بعد الدخول فلها المهر وقبله لاشىء لها ولا نفقة) وقد مرّ (وإن كان الزوج فالكلّ بعده والنصف قبله) وذكر فى الفتاوى لو ارتدّت المرأة قيل لايفسد النكاح زجرا لها ، والصحيح أنه يفسد وتجبر على تجديد النكاح زجرا لها أيضا (وإن ارتدّا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما) لأن بنى حنيفة ارتدّوا فى زمن أبى بكر رضى الله عنه ثم أسلموا ، فأقرّهم على أنكحتهم ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة ، وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير من أحدهم فكان إجماعا ، فإن أسلم أحدهما بعد الردّة فسد النكاح كما فى الابتداء ، ولوقبلها ابن زوجها أو وطئها حرمت على أبيه لما تقدّم وسقط مهرها إذا كان قبل الدخول إن كانت مطاوعة لأن الفرقة جاءت من قبلها ؛ فقد امتنعت عن تسليم المبدل فتمنع البدل كما فى البيع ، وإن كانت مكرهة لايسقط ؛ وفى الصغيرة لايسقط فى الوجهين جميعا وإن كان يجامع مثلها ، لأنه لااعتبار بفعلها حتى لايتعلق به شىء من الأحكام فلا يجب عليها حدّ ولا تعزير ولا غسل ولا مأثم لعدم الخطاب فكذا هذا ؛ وإن ارتدّت الصغيرة سقط مهرها لأنه إذا حكم بردّتها بطلت محلية النكاح فصارت كالكبيرة ، إذ الكلام فى التى تعقل الإسلام والردّة على ما يأتيك .

وَإذَا كان بأحَدِ الزَّوْجَيْنِ عَيْبٌ فَلا خِيارَ للآخَرِ (م) إلاَّ فى الجَبِّ وَالعُنَّةِ وَالخِصَى .

فصـــل

(وإذا كان بأحد الزوجين عيب فلا خيار للآخر إلا فى الجبّ والعنة والخصى) أما عيوب المرأة فبإجماع أصحابنا ، لأن المستحق هو التمكين وإنه موجود ، والاستيفاء من الثمرات واختلاله بالعيوب لايوجب الفسخ ، لأن الفوات بالموت لايوجبه فهذا أولى . وأما عيوب الرجل وهى الجنون والجذام والبرص فكذلك . وقال محمد : لها الخيار لأنه لاينتظم بينهما المصالح فيثبت لها الخيار دفعا للضرر عنها بخلاف الزوج لأنه يقدر على دفعه بالطلاق وصار كالجبّ والعنة . ولهما أن الخيار يبطل حقّ الزوج فلا يثبت ، وإنما ثبت فى الجبّ والعنة لإخلالهما بالمقصود من النكاح ، والعيوب لاتخلّ به . والعنين الذى لايصل إلى النساء ، أو يصل إلى الثيب دون الأبكار ، أو يصل إلى غير زوجته ولا يصل إليها ، وتكون العنة لمرض أو ضعف أو كبر سنّ ، أو من أخذ بسحر ؛ فإذا كان الزوج عنينا وخاصمته المرأة فى ذلك أجله القاضى سنة فان وصل إليها وإلا فرق بينهما إن طلبت المرأة ذلك ، لأن لها حقا فى الوطء فلها المطالبة به ، ويجوز أن يكون ذلك لمرض ، ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فجعلت السنة معرفة لذلك لاشتمالها على الفصول الأربعة ؛ فإن كان المرض من برودة أزاله حرّ الصيف ، وإن كان من رطوبة أزاله يبس الخريف ، وإن كان من حرارة أزاله برد الشتاء ، وإن كان من يبس أزاله رطوبة الربيع على ما عليه العادة ، وروى ذلك عن عمر وعلىّ وابن مسعود رضى الله عنهم ، فإذا مضت السنة ولم يصل إليها علم أنه لآفة أصلية فتخير ، فان اختارت نفسها قال أبويوسف ومحمد : بانت ، وهو ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبى حنيفة لاتبين إلا بتفريق القاضى ، وهو المشهور من مذهبه . لهما أن الشرع خيرها عند تمام الحول دفعا للضرر عنها فلا يحتاج إلى تفريق القاضى كما إذا خيرها الزوج . وله أن النكاح عقد لازم وملك الزوج فيه معصوم فلا يزول إلا بازالته دفعا للضرر عنه ، لكن لما وجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان وقد عجز عن الأول بالعنة ولا يمكن القاضى النيابة فيه فوجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع عنه ناب القاضى منابه ، لأنه نصب لدفع الظلم فلا تبين بدون تفريق القاضى ، فاذا فرّق يصير كأنه طلقها بنفسه فتكون تطليقة بائنة ليحصل مقصودها وهو دفع الظلم عنها بملكها نفسها ، ويشترط طلبها لأن الفرقة حقها ؛ والمراد السنة القمرية لأنها المراد عند الإطلاق . وروى ابن سماعة عن محمد أنها سنة شمسية وتعتبر بالأيام ، وتزيد على القمرية أحد عشر يوما ، ويحسب منها أيام الحيض وشهر رمضان ، لأن السنة لاتخلو

فصـــل

وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَعْدِلَ بَيْنَ نسائه فِى البَيْتُوتَةِ ، وَالبِكْرُ وَالثَّيِّبُ وَالجَدِيدَةَ وَالعَتِيقَةُ وَالمُسْلِمَةُ وَالكِتَابِيَّةُ سَوَاءٌ ،

عن ذلك ، ويحسب مرضه ومرضها إن كان نصف شهر ، وإن كان أكثر عوّضه عنه . وعن أبي يوسف إن حجت أو هربت أو غابت لم تحتسب تلك المدة من السنة ، وإن حجّ هو أو هرب أو غاب احتسب عليه من السنة . والتأجيل إنما يكون بعد دعوى المرأة عند القاضى فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطلان حقها ، ولو خيرها القاضى فقامت من مجلسها قبل أن تختار فلا خيار لها كالمخيرة من زوجها ، فإن طلب العنين أن يؤجله القاضى سنة أخرى لم يؤجله إلا برضاها ، فان رضيت جاز ولها أن ترجع وتختار قبل مضىّ السنة الأخرى ، فاذا فرّق القاضى بينهما ثم تزوّجها فلا خيار لها لأنها رضيت بالعنة ؛ ولو اختلفا فى الوصول إليها ، فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر حقّ التفريق ، ولأن الأصل السلامة والعيب عارض ، فان حلف بطل حقها ، وإن نكل أجل سنة كسائر الحقوق ، وإن كانت بكرا نظرها النساء ، فان قلن هى بكر أجل سنة ، وإن قلن هى ثيب حلف على الوجه الذى بينا . والمجبوب وهو الذى قطع ذكره أصلا فانه يفرّق بينهما للحال لأنه لافائدة فى التأجيل ، والخصىّ كالعنين لأن له آلة تنتصب ويجامع بها غير أنه لايحبل ، وهو الذى سلت أنثياه ، وإذا أجل سنة وادّعى الوصول إليها وأنكرت فالحكم كما إذا اختلفا قبل التأجيل ، وإذا كان زوج الأمة عنينا فالخيار للمولى كالعزل عند أبى حنيفة ؛ وإذا كانت المرأة رتقاء فلا ولاية لها فى الطلب ، إذ لاحقّ لها فى الوطء ، ولو وطئها الزوج مرّة واحدة ثم عنّ أو جبّ فلا طلب لها ولاخيار .

فصـــل

(وعلى الرجل أن يعدل بين نسائه فى البيتوتة) لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل » (والبكر والثيب والجديدة والعتيقة والمسلمة والكتابية سواء) لإطلاق ما روينا ، ولأن ذلك من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهنّ فيها ، ولا يجب عليه التساوى بينهنّ فى الوطء والمحبة . أما الوطء فلأنه ينبنى على النشاط ؛ وأما المحبة فلأنها فعل القلب . وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يعدل بين نسائه ويقول « اللهمّ هذا قسمى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما لاأملك » يعنى زيادة المحبة لبعضهنّ . ثم إن شاء جعل الدور بينهنّ يوما أو يومين أو أكثر ، وله الخيار فى ذلك

وَلِلْحُرَّةِ ضِعْفُ الأَمَةِ ؛ وَمَنْ وَهَبَتْ نَصِيبَها لِصَاحِبَتِها جازَ وَلَها الرُّجُوعُ فِي ذلكَ ، وَيُسافِرُ بِمَنْ شاءَ ، وَالقُرْعَةُ أَوْلَى .

كتاب الرضاع

وَحُكْمُ الرَّضَاعِ يَثْبُتُ بِقَلِيلِهِ (ف) وَكَثِيرِهِ .

لأن المستحقّ عليه التسوية ، وقد وجدت . قال (وللحرّة ضعف الأمة) لما عرف أن الرقّ منصف كما فى العدّة وغيرها (ومن وهبت نصيبها لصاحبتها جاز) لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لسوده بنت زمعة « اعتدّى ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها وتجعل يومها لعائشة وأن تحشر مع نسائه يوم القيامة ففعل » ولأنه حقها وقد أبطلته برضاها (ولها الرجوع فى ذلك) لأنها وهبت حقا لم يجب بعد ؛ وإن أقام عند الواحدة أياما بإذن الأخرى جاز من غير مساواة ، لأن النبىّ عليه الصلاة والسلام لما مرض استأذن نساءه أن يكون فى بيت عائشة فأذنّ له ، فكان فى بيتها حتى قبض عليه الصلاة والسلام . وفيه دليل على أن القسم يجب على الرجل وإن كان مريضا ، ويؤمر الصائم بالنهار والقائم بالليل أن يبيت معها إذا طلبت . وعن أبى حنيفة يجعل لها يوما من أربعة أيام ، وليس هذا بواجب لأنه يؤدى إلى فوات النوافل أصلا على من له أربع من النساء ، ولكن يؤمر بايفاء حقها من نفسه أحيانا ويصوم ويصلى ما أمكنه ؛ ولو أعطت زوجها مالا أو حطته ليزيد فى قسمها لم يجز وترجع بما أعطته ، وكذا لو زادها الزوج فى مهرها لتجعل يومها لغيرها ، والوجه فيه ما بينا . قال (ويسافر بمن شاء والقرعة أولى) لأنه لاحقّ لهنّ حال السفر حتى كان له أن لايسافر بواحدة منهنّ أصلا ويقرع بينهنّ تطييبا لقلوبهنّ ، وقد ورد ذلك عنه عليه الصلاة والسلام ؛ ومن سافر بها ليس عليه قضاء حقّ الباقيات لأنه كان متبرّعا لاموفيا حقا ، وإن ظلم بعضهنّ يوعظ ، فان لم ينته يوجع عقوبة زجرا له عن الظلم .

كتاب الرضاع

وهو واجب إحياء للولد لقوله تعالى ـ والوالدات يرضعن أولادهن ـ أى ليرضعن (وحكم الرضاع يثبت بقليله وكثيره) لقوله سبحانه ـ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ـ مطلقا ، وقال عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » من غير فصل ، وقال عليه الصلاة والسلام « الرضاع ما ينبت اللحم وينشز العظم » وإنه يحصل بالقليل ، لأن اللبن متى وصل إلى جوف الصبىّ أنبت اللحم وأنشز العظم .

إِذَا وُجِدَ فِى مُدَّتِهِ وَهِيَ ثَلاثُونَ (سم) شَهْرًا ؛ وَيَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ إِلاَّ أُخْتَ ابْنِهِ وَأُمَّ أُخْتِهِ ؛ وَإِذَا أَرْضَعَتِ المَرْأَةُ صَبِيَّةً حَرُمَتْ عَلَى زَوْجِهَا وَآبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ ،

قال (إذا وجد فى مدته وهى ثلاثون شهرا) وقالا : سنتان لقوله تعالى ـ والوالدات يرضعن أولادهنّ حولين كاملين لمن أراد أن يتمّ الرضاعة ـ وقال تعالى ـ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ـ وأدنى مدّة الحمل ستة أشهر فبقى للفصال سنتان . ولأبى حنيفة الآية الثانية ، والتمسك بها أن الله تعالى ذكر الحمل والفصال وضرب لهما مدة ثلاثين شهرا فتكون مدة لكل واحد منهما ، كما إذا باعه عبدا وأمة إلى شهر ، فان الشهر يكون أجلا لكلّ واحد منهما ، وكذا لو باعه شيئا وأجره شيئا آخر صفقة واحدة إلى مدة معلومة كانت المدة أجلا لكل واحد منهما ، فعلم أن الآية تقتضى أن يكون الثلاثون شهرا أجلا لكل واحد من الحمل والفصال ، خرج الحمل عن ذلك فبقى الفصال على مقتضاه ، والآية الأولى محمولة على مدة الاستحقاق حتى لايكون للأم المبتوتة المطالبة بأجرة الرضاع بعد الحولين فعملنا بالآية الأولى فى نفى الوجوب الأجرة بعد الحولين ، وبالثانية فى الحرمة إلى ثلاثين شهرا أخذا بالاحتياط فيهما . أو نقول : المراد الحمل على الأكف فى الحجر حالة الإرضاع ، لأن مدة الحمل غير مقدرة بثلاثين شهرا بالإجماع . فإذا انقضت مدته لااعتبار بالرضاع بعده ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لارضاع بعد الفصال » والمراد حكمه وهل يباح الإرضاع بعد المدة ؟ فيه خلاف ، والمحرِّم من الإرضاع ما وقع فى المدة ، سواء فطم أو لم يفطم . وقال الخصاف وهو رواية عن أبى حنيفة : إن استغنى بالفطام عن اللبن ثم رضع فى المدة لاتثبت الحرمة ، وإن لم يستغن تثبت . قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) لما روينا (إلا أخت ابنه وأمّ أخته) فإنها تحرم من النسب دون الرضاع ، لأن فى النسب لما وطئ أم ابنه فقد حرمت عليه بناتها . وأم أخته موطوءة أبيه ولم يوجد ذلك فى الرضاع . قال (وإذا أرضعت المرأة صبية حرمت على زوجها وآبائه وأبنائه) فتكون المرضعة أم الرضيع وأولادها إخوته وأخواته من تقدم ومن تأخر . فلا يجوز أن يتزوّج شيئا من ولدها وولد ولدها وإن سفلوا وآباؤها أجداده وأمهاتها جداته من قبل الأم وإخوتها وأخواتها أخواله وخالاته . ويكون زوجها الذى نزل منه اللبن أب المرضعة وأولاده إخوتها وآباؤه وأمهاته أجدادها وجداتها من قبل الأب وإخوته وأخواته أعمامها وعماتها لاتحلّ مناكحة أحد منهن كما فى النسب . قال عليه الصلاة والسلام لعائشة « ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة » ولو ولدت من رجل وأرضعت ثم يبس اللبن ثم در أرضعت به صبيا يجوز لذلك الصبىّ أن يتزوّج بنت الزوج من غيرها . وكذا لولم تلد

وَإِذَا رَضَعَ صَبِيَّانِ مِنْ ثَدْيِ امْرَأَةٍ فَهُمَا أَخَوَانِ ، وَإِنِ اجْتَمَعَا عَلَى لَبَنِ شَاةٍ فَلَا رَضَاعَ بَيْنَهُمَا ؛ وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ كَالْمَاءِ وَالدُّهْنِ وَالنَّبِيذِ وَالدَّوَاءِ وَلَبَنِ الْبَهَائِمِ فَالْحُكْمُ لِلْغَالِبِ ، وَكَذَلِكَ إِنِ اخْتَلَطَ بِجِنْسِهِ بِأَنِ اخْتَلَطَ لَبَنُ امْرَأَتَيْنِ (م ز) ، وَإِنِ اخْتَلَطَ بِالطَّعَامِ فَلَا حُكْمَ لَهُ ، وَإِنْ غَلَبَ (سم) ،

منه قط فنزل لها لبن ، وكذا لبن البكر إذا لم تتزوّج إذا أرضعت به صبيا حرم عليها لاغير ، ولو أرضعت صبية لاتحرم على ولد زوجها من غيرها ؛ ولا يحلّ للرضيع أن يتزوّج امرأة وطئها زوج المرضعة لأنها منكوحة الأب ، ولا للزوج أن يتزوّج امرأة وطئها الرضيع لأنها موطوءة الابن كما فى النسب . قال (وإذا رضع صبيان من ثدى امرأه فهما أخوان) لأن أمهما واحدة ، فلوكانا بنتين لايجوز لأحد الجمع بينهما ؛ وكذا لوكان لرجل زوجتان ولدتا منه ثم أرضعت كل واحدة صغيرة صار الرضيعان أخوين من أب (وإن اجتمعا على لبن شاة فلا رضاع بينهما) لأنه لم تثبت الحرمة بينه وبين الأم لتنتقل إلى الأخ إذ هى الأصل لأن الحرمة تثبت فى الأم ثم تتعدّى . رجل طلق امرأته ولها لبن فتزوّجت آخر وحبلت ونزل لها لبن فهو للأوّل ما لم تلد . وقال أبو يوسف : هو منهما إلا أن يعرف أنه من الثانى وإنه يعرف بالغلظ والرقة . وقال محمد : هو منهما مالم تضع فاذا وضعت فمن الثانى لأنه من الأوّل بيقين ، واحتمل كونه من الثانى فيجعل منهما احتياطا للمحرّمات ، وكذلك يقول أبو يوسف إلا إذا عرفنا أنه من الثانى فيجعل منه . وأبو حنيفة يقول : هو من الأوّل بيقين ، ووقع الشكّ فى كونه من الثانى ، والشكّ لايعارض اليقين ، فإذا ولدت تيقنا أنه من الثانى ، ولا اعتبار بالغلظ والرقة ، لأن ذلك يتغير بتغير الأحوال والأغذية . قال (وإذا اختلط اللبن بخلاف جنسه كالماء والدهن والنبيذ والدواء ولبن البهائم فالحكم للغالب) فان غلب اللبن تثبت الحرمة ، وإلا فلا (وكذلك إن اختلط بجنسه بأن اختلط لبن امرأتين) وقال محمد وزفر : تثبت الحرمة بهما لأن الشيء لايصير مستهلكا بجنسه بل يتقوّى به ، وكلّ واحد منهما سبب لإنبات اللحم وإنشاز العظم . ولنا أن منفعة المغلوب لاتظهر فى مقابلة الغالب ، فان قليل الماء إذا وقع فى البحر لايبقى لأجزائه منفعة لكثرة التفرّق ، وإذا فاتت المنفعة بسبب الغلبة بقى حكم الرضاع للكثير (وإن اختلط بالطعام فلا حكم له وإن غلب) وقالا : إن غلب تعلق به التحريم ، والخلاف فى غير المطبوخ . أما المطبوخ لاتثبت به الحرمة بالإجماع . لهما أن حكم المغلوب لايظهر فى مقابلة الغالب فصار الحكم للبن وله أن الطعام يسلب قوّة اللبن ، ولا يكتفى الصبىّ بشربه ، والتغذّى يحصل بالطعام إذ هو الأصل فكان اللبن تبعا ، بخلاف الدواء لأنه يقوّى اللبن ويزيد فى قوّته .

وَتَتَعَلَّقُ الحُرْمَةُ بِلَبَنِ المَرأةِ بَعْدَ مَوْتِهَا ، وكذلكَ تَتَعَلَّقُ بِلَبَنِ البِكْرِ ، وَلا تَتَعَلَّقُ بِلَبَنِ الرَّجُلِ وَلا بالاحْتِقانِ . وَتَتَعَلَّقُ بالاسْتِعاطِ وَالإيجارِ ، وَإذَا أرْضَعَتِ امْرأتُهُ الكَبِيرَةُ امْرأتَهُ الصَّغِيرَةَ حَرُمَتا عَلى الزَّوْجِ ، وَلا مَهْرَ لِلْكَبِيرَةِ إنْ كانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ المَهْرِ ، وَيَرْجِعُ بهِ عَلى الكَبِيرَةِ إنْ كانَتْ تَعَمَّدَتِ الفَسادَ ، وَالقَوْلُ قَوْلُهَا فى التَّعَمُّدِ مَعَ يَمِينِها .

(وتتعلق الحرمة بلبن المرأة بعد موتها) لأنه سبب لإنبات اللحم وإنْشازِ العَظْمِ ، ومعنى الغذاء لايزول بالموت وصار كما إذا حلب منها حال حياتها (وكذلك تتعلق بلبن البكر) لما بينا (ولا تتعلق بلبن الرجل) لو نزل له لأنه ليس بلبن حقيقة ، لأن اللبن لايكون إلا ممن يتصوّر منه الولادة كذا قالوا . قال (ولا بالاحتقان) لأنه لايصل إلى المعدة فلا يحصل به النشوّ والنشوز وكذا إذا أقطر فى إحليله أو أذنه أو جائفة أو آمة لما قلنا . وعن محمد أن الاحتقان تثبت به الحرمة قياسا على فساد الصوم . والفرق أن المفسد فى الصوم التغذى أو التداوى وأنه حاصل بالاحتقان . أما الرضاع إنما يثبت بمعنى النشوّ وأنه معدوم فى الاحتقان قال (وتتعلق بالاستعاط والإيجار) لأنه يصل إلى المعدة فيحصل به النشوّ . امرأة أدخلت حلمة ثديها فى فم رضيع ، ولا يدرى أدخل اللبن فى حلقه أم لا لايحرم النكاح ، وكذا صبية أرضعها بعض أهل القرية ولا يدرى من هو فتزوّجها رجل من أهل تلك القرية يجوز ، لأن إباحة النكاح أصل فلا يزول بالشكّ ؛ ويجب على النساء أن لايرضعن كلّ صبيّ من غير ضرورة ، فان فعلن فليحفظنه أو يكتبنه احتياطا . قال (وإذا أرضعت امرأته الكبيرة امرأته الصغيرة حرمتا على الزوج) لأنهما صارتا أما وبنتا ؛ والرضاع الطارئ على النكاح كالمقارن فى التحريم كحرمة المصاهرة لأنه لابقاء للشيء مع المنافى (ولا مهر للكبيرة إن كان قبل الدخول) لأن الفرقة جاءت من قبلها (وللصغيرة نصف المهر) لأن الفرقة ليست من قبلها ، ولا اعتبار باختيارها الإرضاع لأنها مجبولة عليه طبعا (ويرجع به على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد) لأنها مسببة للفرقة ، لأن إلقاء الثدى فى فمها سبب لوصول اللبن إلى جوفها ؛ والتسبيب يشترط فيه التعدّى كحافر البئر . وإن لم تتعمد الفساد فلا شيء عليها وإن علمت أنها زوجته لما بينا أنها مسببة ، والتعدّى يثبت إذا علمت أنها زوجته وقصدت وقوع الفرقة بينهما ، ولو لم تعلم بالنكاح فلا شيء عليها ، وكذلك إن علمت بالنكاح لكن قصدت بالإرضاع دفع الجوع والهلاك عنها لأنها مأمورة بذلك ، وكذلك لو علمت بالنكاح دون الفساد لاتكون متعدية (والقول قولها فى التعمدّ مع يمينها) لأنها تنكر الضمان . ولو أرضعت زوجة الأب امرأة ابنه تحرم عليه لأنها صارت

كتاب الطلاق

وَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ : أَحْسَنُ ، وَحَسَنٌ ، وَبِدْعِيٌّ . فَأَحْسَنُهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا وَاحِدَةً فِى طُهْرٍ لَا جِمَاعَ فِيهِ ، وَيَتْرُكَهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا .

أخته من الأب . تزوج صغيرتين فأرضعتهما معا أو متعاقبا حرمتا عليه ، وعليه لكلّ واحدة نصف المهر لأنها مجبورة على الإرضاع بحكم الطبع ، ويرجع على المرضعة إن تعمدت الفساد على الوجه الذى بينا ؛ وإن كنّ ثلاثا فأرضعتهن على التعاقب حرمت الأولى ، والثانية دون الثالثة لأنها لما صارت أختا لهما لم يبق الجمع فى النكاح ؛ وإن أرضعتهنّ معا ، بأن ألقت ثديها فى فم اثنتين وكانت حلبت قبل ذلك فأوجرت الثالثة واتفق وصول اللبن إليهن معا حرمن جميعا ، وعلى هذا تخرّج جميع مسائل هذا الجنس ، والله أعلم .

كتاب الطلاق

وهو فى اللغة : إزالة القيد والتخلية ، تقول : أطلقت إبلى وأطلقت أسيرى . وفى الشرع : إزالة النكاح الذى هو قيد معنى ، وهو قضية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع وضرب من المعقول . أما الكتاب فلقوله تعالى ـ فطلقوهنّ لعدّتهنّ ـ وقوله ـ الطلاق مرّتان ـ والسنة قوله عليه الصلاة والسلام « كلّ طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبىّ » وقال عليه الصلاة والسلام « أبغض المباحات إلى الله الطلاق » وعلى وقوعه انعقد الإجماع ، ولأن استباحة البضع ملك الزوج على الخصوص ؛ والمالك الصحيح القول يملك إزالة ملكه كما فى سائر الأملاك ، ولأن مصالح النكاح قد تنقلب مفاسد ، والتوافق بين الزوجين قد يصير تنافرا ، فالبقاء على النكاح حينئذ يشتمل على مفاسد من التباغض والعداوة والمقت وغير ذلك ، فشرع الطلاق دفعا لهذه المفاسد ، ومتى وقع لغير حاجة فهو مباح مبغوض لأنه قاطع للمصالح ، وإنما أبيحت الواحدة للحاجة وهو الخلاص على ماتقدّم ، وفى الحديث « ما خلق الله تعالى مباحا أحبّ إليه من لعتاق ، ولا خلق مباحا أبغض إليه من الطلاق » .

(وهو على ثلاثة أوجه : أحسن ، وحسن ، وبدعى . فأحسنه أن يطلقها واحدة فى طهر لاجماع فيه ويتركها حتى تنقضى عدتها) لما روى عن إبراهيم النخعى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لايطلقوا للسنة إلا واحدة ثم لايطلقوا غيرها حتى تنقضى عدتها . وفى رواية : وكان ذلك أحسن عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثا فى ثلاثة أطهار ، ولأنه إذا جامعها لايؤمن الحبل وهو لايعلم به ، فإذا ظهر ندم فكان ما ذكرناه أبعد من الندم فكان أولى ، وفى التى لاتحيض لصغر أو كبر يطلقها أىّ وقت شاء لعدم

وَحَسَنُهُ : أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلاثًا فِى ثَلاثَةِ أَطْهَارٍ ولا جِمَاعَ فِيهَا وَالشَّهْرُ لِلآيِسَةِ وَالصَّغِيرَةِ وَالحامِلِ كالحَيْضَةِ ، وَيَجُوزُ طَلاقُهُنَّ عَقِيبَ الجماعِ . وَالبِدْعَةُ أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلاثا أَوْ ثِنْتَيْنِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ فِى طُهْرٍ لارَجْعَةَ فِيهِ ، أَوْ يُطَلِّقَهَا وَهِىَ حائِضٌ فَيَقَعُ وَيَكُونُ عاصِيا ،

ما ذكرنا ، ولأنه أبيح للحاجة على ما تقدم ، والحاجة تندفع بالواحدة (وحسنه) طلاق السنة ، وهو (أن يطلقها ثلاثا فى ثلاثة أطهار لاجماع فيها) لما روى « أن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما طلق امرأته وهى حائض فقال عليه الصلاة والسلام : ما هكذا أمر ربك يا ابن عمر ، إنما أمرك أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكلّ طهر تطليقة » وفى رواية قال لعمر « أخطأ ابنك السنة مره فليراجعها ، فإن طهرت فان شاء طلقها طاهرا من غير جماع أو حاملا قد استبان حملها ، فتلك العدّة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » (والشهر للآيسة والصغيرة والحامل كالحيضة) لقيامه مقامها فى العدّة بنصّ الكتاب (ويجوز طلاقهنّ عقيب الجماع) لما تقدم . وأما الحامل فانه زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق ، ويطلقها ثلاثا للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر . وقال محمد : لاتطلق للسنة إلا واحدة ، لأن الشهر إنما قام مقام الحيضة فى الصغيرة والآيسة ، والحامل ليست فى معناهما لأنها من ذوات الحيض فصارت كالممتد طهرها . ولهما أن الشهر دليل الحاجة لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الطباع السليمة فصارت فى معنى الآيسة ، والإباحة بقدر الحاجة فصلح الشهر دليلا ، بخلاف الممتدّ طهرها ، لأن دليل تجدد الرغبة الطهر وهو مرجوّ فى حقها دون الحامل فافترقا . وطلاق السنة فى العدد والوقت على ما بينا ؛ والسنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها والصغيرة والآيسة ، والحامل والحائل لما بينا أنها شرعت للحاجة والكلّ فيه سواء ؛ والسنة فى الوقت تختصّ بالمدخول بها لأن طهرا لاجماع فيه لايتصوّر فى غير المدخول بها ، ولأن المحظور هو تطويل العدّة لو وقع فى الحيض فإنها لاتحتسب من العدّة ، ولا عدة على غير المدخول بها (والبدعة أن يطلقها ثلاثا أو ثنتين بكلمة واحدة ، أو فى طهر لارجعة فيه ، أو يطلقها وهى حائض فيقع ويكون عاصيا) أما الثلاث والثنتين فلما بينا أنه خلاف السنة والمشروعية للحاجة وهى تندفع بالواحدة . وأما حالة الحيض فلقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث ابن عمر « قد أخطأ السنة » وأما الوقوع فلقوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فليراجعها » وكان طلقها حالة الحيض ، ولولا الوقوع لما راجعها . وكذلك روى أن ابن عمر قال للنبىّ عليه الصلاة والسلام « أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكانت تحلّ لى ؟ قال لا ويكون معصية » وروى أن بعض أبناء عبادة بن الصامت طلق امرأته ألفا ، فذكر عبادة ذلك للنبىّ عليه الصلاة والسلام ، فقال « بانت بثلاث فى معصية ، وتسعمائة وسبع وتسعون فيما لايملك »

وَطَلاقُ غَيْرِ المَدْخُولِ بِهَا حالَةَ الحَيْضِ لَيْسَ بِبِدْعِيٍّ ، وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ حالَةَ الحَيْضِ فَعَلَيْهِ أَنْ يُرَاجِعَهَا ، فإذَا طَهُرَتْ فإنْ شاءَ طَلَّقَهَا وإنْ شاءَ أَمْسَكَهَا ، وَإِذَا قالَ لامْرَأَتِهِ المَدْخُولِ بِهَا : أَنْتِ طالِقٌ ثَلاثًا لِلسُّنَّةِ وَقَعَ عِنْدَ كُلِّ طُهْرٍ تَطْلِيقَةٌ ، وَإِنْ نَوَى وُقُوعَهُنَّ السَّاعَةَ وَقَعْنَ (ز) ؛ وَطَلاقُ الحُرَّةِ ثَلاثٌ ، وَالأَمَةِ ثِنْتانِ ، وَلا اعْتِبارَ بِالرَّجُلِ فى عَدَدِ الطَّلاقِ ؛

ولقوله عليه الصلاة والسلام « كلّ طلاق واقع » الحديث . وأما كونه عاصيا فلمخالفة السنة وإجماع الصحابة ، وقوله : فى طهر لارجعة فيه إشارة إلى مذهب أبى حنيفة ، وهو أنه لو طلقها فى طهر لم يجامعها فيه فراجعها ثم طلقها لايكره فيه ، وهو قول زفر ، وعندهما يكره ؛ وعلى هذا لو طلقها فى الحيض ثم راجعها فطهرت فطلقها ؛ وكذا لو مسها بشهوة ثم قال لها : أنت طالق ثلاثا للسنة وقعن للحال عنده ، لأن الأولى وقعت فصار مراجعا باللمس بشهوة فوقعت أخرى ، ثم صار مراجعا فوقعت الثالثة ؛ والشهر الواحد فى حقّ الآيسة والصغيرة على الخلاف . فالحاصل أن الرجعة فاصلة بين الطلاقين عنده ، والنكاح فاصل بالإجماع . لهما أن بالطلاق فى الطهر خرج من أن يكون وقتا لطلاق السنة ، ولهذا لو أوقعه قبل الرجعة يكره . وله أن بالمراجعة ارتفع حكم الطلاق الأوّل فصار كأن لم يكن ، فإذا ارتفع لايصير جامعا والكراهة باعتباره ، ولأنها عادت إلى الحالة الأولى بسبب من جهته فصار كما لو أبانها فى الطهر ثم تزوّجها . قال (وطلاق غير المدخول بها حالة الحيض ليس ببدعىّ) لما مرّ . قال (وإذا طلق امرأته حالة الحيض فعليه أن يراجعها) لورود الأمر به فى حديث ابن عمر رضى الله عنه على ما تقدم ، ولما فيه من رفع الفعل الحرام برفع أثره (فإذا طهرت فان شاء طلقها وإن شاء أمسكها) لحديث ابن عمر رضى الله عنهما . قال (وإذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق ثلاثا للسنة وقع عند كلّ طهر تطليقة) لأن معناه لوقت السنة ، ووقتها طهر لاجماع فيه لما مرّ (وإن نوى وقوعهنّ الساعة وقعن) خلافا لزفر لأن الجمع بدعة فلا يكون سنة . ولنا أنه سنى وقوعا لاإيقاعا ، لأنا إنما عرفنا وقوع الثلاث جملة بالسنة فكان محتمل كلامه فينتظمه عند النية دون الإطلاق . قال (وطلاق الحرّة ثلاث ، والأمة ثنتان ، ولا اعتبار بالرجل فى عدد الطلاق) لقوله تعالى - فطلقوهنّ لعدّتهنّ - أى لأطهار عدتهنّ فتكون الطلقات على عدد الأطهار ؛ وأطهار الحرّة فى العدّة ثلاثة والأمة ثنتان ،فيكون التطليق كذلك ، ولأن الحرّ لو ملك على الأمة ثلاثا لملك تفريقهنّ على أوقات السنة ولا يملك بالإجماع ، وقال عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان ، وعدتها حيضتان « وأما قوله عليه الصلاة والسلام » الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » فمعناه وجود الطلاق أو وقوع الطلاق بالرجال ، كما أن العدة

وَيَقَعُ طَلَاقُ كُلِّ زَوْجٍ عاقِلٍ بالِغٍ مُسْتَيْقِظٍ . وَطَلَاقُ المُكْرَهِ (ف) وَاقِعٌ ؛ وَطَلَاقُ السَّكْرَانِ وَاقِعٌ ؛ وَيَقَعُ طَلَاقُ الأَخْرَسِ بالإشارَةِ ، وكَذَلِكَ اللَّاعِبُ بالطَّلَاقِ وَالهَازِلُ بِهِ ؛

بالنساء ؛ وأما قوله عليه الصلاة والسلام « لايطلق العبد أكثر من اثنتين » يعنى زوجته الأمة توفيقا بين الأحاديث والدلائل ، أو لأن الغالب أن العبد إنما يتزوّج الأمة ، فخرج مخرج الغالب ، ولأن النكاح نعمة فى حقها والرقّ مؤثر فى تنصيف النعم ، فوجب أن يعتبر برقها ، وقضيته طلقة ونصف ، لكن لما لم تتنصف الطلقة كملتا . قال (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ مستيقظ) لقوله عليه الصلاة والسلام « كلّ طلاق واقع إلا طلاق الصبىّ والمعتوه » وفى رواية « إلا طلاق الصبىّ والمجنون » ولا يقع طلاق الصبىّ والمجنون لما روينا ، ولأنهما عديما العقل والتمييز والأهلية بهما ؛ ولو طلق الصبىّ أو النائم ثم بلغ أو استيقظ وقال أجزت ذلك الطلاق لايقع ، ولو قال : أوقعته وقع (وطلاق المكره واقع) لما روى « أن امرأة اعتقلت زوجها وجلست على صدره ومعها شفرة وقالت : لتطلقنى ثلاثا أو لأقتلنك فناشدها الله أن لاتفعل فأبت فطلقها ثلاثا ثم ذكر ذلك للنبىّ عليه الصلاة والسلام فقال « لاقيلولة فى الطلاق » ولأنه قصد الطلاق ولم يرض بالوقوع فصار كالهازل ، ولأنه معنى تقع به الفرقة فيستوى فيه الإكراه والطوع كالرضاع ، ثم عندنا كلّ ما صحّ فيه شرط الخيار ، فالإكراه يؤثر فيه كالبيع والإجارة ونحوهما ؛ وما لايصحّ فيه الشرط لايؤثر فيه كالنكاح والطلاق والعتاق ونحوها . قال (وطلاق السكران واقع) وقال الطحاوى : لايقع ، وهو اختيار الكرخى اعتبارا بزوال عقله بالبنج والدواء . ولنا أنه مكلف بدليل أنه مخاطب بأداء الفرائض ، ويلزمه حدّ القذف والقود بالقتل ، وطلاق المكلف واقع كغير السكران ، بخلاف المبنّج لأنه ليس له حكم التكليف ، ولأن السكران بالخمر والنبيذ زال عقله بسبب هو معصية فيجعل باقيا زجرا حتى لو شرب فصدع رأسه وزال عقله بالصداع نقول لايقع ، والغالب فيمن شرب البنج والدواء التداوى لاالمعصية ، ولذلك انتفى التكليف عنهم (ويقع طلاق الأخرس بالإشارة) والمراد إذا كانت إشارته معلومة وقد عرف فى موضعه . قال (وكذلك اللاعب بالطلاق والهازل به) لقوله عليه الصلاة والسلام « ثلاث جدّهنّ جدّ وهزلهنّ جدّ : الطلاق والنكاح والعتاق » وقال عليه الصلاة والسلام « من طلق لاعبا جاز ذلك عليه » وعن أبى الدرداء أنه قال : من لعب بطلاق أو عتاق لزمه ، قال : وفيه نزل ـ ولا تتخذوا آيات الله هزوا ـ وكذلك إذا أراد غير الطلاق فسبق لسانه بالطلاق وقع ، لأنه عدم القصد وهو غير معتبر فيه . وروى هشام عن محمد عن أبى حنيفة أن من أراد أن يقول لامرأته اسقنى الماء فقال أنت طالق وقع ؛ ويعمّ هذه الفصول كلها قوله عليه الصلاة والسلام « كلّ طلاق واقع » الحديث

وَمَنْ مَلَكَ امْرأَتَهُ أَوْ شِقْصًا مِنْهَا أَوْ مَلَكَتْهُ أَوْ شِقْصًا مِنْهُ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بَيْنَهُما .

وَصَرِيحُ الطَّلاقِ لا يَحْتاجُ إلى نِيَّةٍ ، وَهُوَ نَوْعانِ : أَحَدُهُما أَنْتِ طالِقٌ وَمُطَلَّقَةٌ وَطَلَّقْتُكِ . وَالثَّانِى أَنْتِ الطَّلاقُ ، وأَنْتِ طالِقٌ الطَّلاقَ ، وأَنْتِ طالِقٌ طَلاقا ؛ فالأَوَّلُ تَقَعُ بِهِ طَلْقَةٌ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَلا تَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ الثِّنْتَيْنِ وَالثَّلاثِ . والثَّانى تَقَعُ بِهِ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَتَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلاثِ دُونَ الثِّنْتَيْنِ (ز) ، وَلَوْ نَوَى بِقَوْلِهِ أَنْتِ طالِقٌ وَاحِدَةً ، وَبِقَوْلِهِ طَلاقا أُخْرَى وَقَعَتا ،

قال (ومن ملك امرأته أو شقصا منها ، أو ملكته أو شقصا منه وقعت الفرقة بينهما) لأن المالكية تمنع ابتداء النكاح لما سبق فى النكاح فتمنعه بقاء كالمحرمية والمصاهرة والرضاع .

فصــــل

(وصريح الطلاق لايحتاج إلى نية) لأنه موضوع له شرعا فكان حقيقة ، والحقيقة لاتحتاج إلى نية ، ويعقب الرجعة لقوله تعالى - وبعولتهن أحق بردهن - ولو نوى الإبانة فهو رجعى لأنه نوى ضدّ ما وضع له شرعا (وهو نوعان : أحدهما أنت طالق ومطلقة وطلقتك . والثانى أنت الطلاق ، وأنت طالق الطلاق ، وأنت طالق طلاقا . فالأوّل تقع به طلقة واحدة رجعية ولا تصحّ فيه نية الثنتين والثلاث) لأنه نعت فرد يقال للواحدة طالق وللثنتين طالقان وللثلاث طوالق ، ونعت الفرد لايحتمل العدد لأنه ضدّه ؛ ولئن قال قائل : ذكر الطالق ذكر للطلاق حتى صحّ ذكر العدد تفسيرا له وأنه دليل المصدرية والمصدر يحتمل الثلاث . قلنا هو ذكر لطلاق تتصف به المرأة ، والعدد المذكور بعده نعت لمصدر محذوف تقديره طلاقا ثلاثا كقولهم ضربته وجيعا وأعطيته جزيلا . (و) النوع (الثانى تقع به واحدة رجعية ، وتصحّ فيه نية الثلاث دون الثنتين) لأنه ذكر المصدر وهو يحتمل العموم لأنه اسم جنس ويحتمل الأدنى ، فعند الإطلاق يحمل على الواحدة لأنه متيقن ، وإن نوى الثلاث وقعن لأنه محتمل كلامه ، وإنما لاتصحّ نية الثنتين لأنها جنس الطلاق لامن حيث العددية حتى لو كانت الزوجة أمة صحت نية الثنتين من حيث الجنسية . وقال زفر : تصحّ نية الثنتين لأنها بعض الثلاث وجوابه ما قلنا (ولو نوى بقوله : أنت طالق واحدة ، وبقوله طلاقا أخرى وقعتا) لأن كلّ واحد من اللفظين يحتمل الإيقاع فصار كقوله أنت طالق أنت طلاقا فانه يقع ثنتان كذا ههنا ، وهكذا الحكم فى قوله أنت طالق الطلاق ، ولو قال أنت طالق وقال عنيت به عن وثاق لايصدّق قضاء ، ولو قال عن

وَإِذَا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى جُمْلَتِهَا أَوْ مَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الجُمْلَةِ كَالرَّقَبَةِ وَالوَجْهِ وَالرُّوحِ وَالجَسَدِ ، أَوْ إِلَى جُزْءٍ شَائِعٍ مِنْهَا وَقَعَ ، وَنِصْفُ الطَّلْقَةِ تَطْلِيقَةٌ ، وَكَذَلِكَ الثُّلُثُ ، وَثَلَاثَةُ أَنْصَافِ تَطْلِيقَتَيْنِ ثَلَاثٌ ، وَثَلَاثَةُ أَنْصَافِ تَطْلِيقَةٍ ثِنْتَانِ ،

العمل يدين أيضا ، ولو قال أنت طالق من وثاق أومن هذا القيد لم يقع شيء فى القضاء ؛ ولو قال أنت طالق من هذا العمل وقع قضاء لاديانة ؛ ولو قال أنت طالق ثلاثا من هذا العمل طلقت ثلاثا ، ولا يصدّق قضاء أنه لم ينو الطلاق . قال (وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو مايعبر به عن الجملة كالرقبة والوجه والروح والجسد . أو إلىجزء شائع منها وقع) لأنها محلّ الطلاق ، فإذا قال أنت طالق فقد أضاف الطلاق إلى محله فيصحّ . وهذه الأشياء يعبر بها عن جملة البدن . قال تعالى ـ فتحرير رقبة ـ والمراد الجملة . ويقال يا وجه العرب ، وقال عليه الصلاة والسلام « لعن الله الفروج على السروج » ويقال : أنا بخير ماسلم رأسك وما بقيت روحك ويراد الجميع . والجسد عبارة عن الجميع وكذلك العنق . قال تعالى ـ فظلت أعناقهم ـ وكذلك الدم يقال دمه هدر ، وهذا على ما ذكر فى الكفالة أنه لو تكفل بدمه يصحّ ، وأشار فى كتاب العتق أنه لايقع لأنه قال : لو قال لعبده دمك حرّ لايعتق ، وفى الظهر والبطن روايتان ، وإنما يقع بالإضافة إلى هذه الأعضاء باعتبار أنه يعبر بها عن جميع البدن لابالإضافة إليها حتى لوقال الرأس منك طالق أو الوجه . أو وضع يده على الرأس أو العنق وقال هذا العضو طالق لايقع . وأما الجزء الشائع كالثلث والربع فلأنه قابل لسائر التصرّفات بيعا وإجارة وغيرهما ، ولهذا يصحّ إضافة النكاح إليه فكذا الطلاق ، لكن لايتجزى فىحكم الطلاق فيثبت فى الكلّ ، ولو أضافه إلى اليد والرجل ونحوهما مما لايعبر به عن البدن لايقع كالأصبع والشعر لأنه أضافه إلى غير محله فصار كاضافته إلى الريق والظفر ، وهذا لأن الطلاق رفع القيد ولا قيد فى هذه الأعضاء لأنه لايصحّ إضافة النكاح إليها ، بخلاف الجزء الشائع على ما بينا ، ولو تعارف قوم أن اليد يعبر بها عن البدن عرفا ظاهرا يقع الطلاق . قال (ونصف الطلقة تطليقة وكذلك الثلث) فلو قال لها أنت طالق نصف تطليقة أو ثلث تطليقة وقعت تطليقة ، لأن ذكر بعض مالايتجزى كذكر كله . وكذلك كلّ جزء شائع من التطليقة لما قلنا (وثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث) لأن نصف التطليقتين واحدة فكأنه قال أنت طالق ثلاثا (وثلاثة أنصاف تطليقة ثنتان) لأن ثلاثة أنصاف تطليقة تطليقة ونصف وإنه لايتجزى فيكمل النصف فيصير تطليقتين ، وقيل ثلاث لأنه يكمل كل نصف فيكون ثلاثا . ولوقال نصفى تطليقة فهى واحدة كنصفى درهم يكون درهما . ولو قال نصفى تطليقتين فثنتان كنصفى درهمين ، ولو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة يقع ثلاث ؛ ولو قال

وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ مِنْ وَاحِدَةٍ إلى ثَلاثٍ يَقَعُ ثِنْتانِ (سم) وَإلى ثِنْتَيْنِ تَقَعُ وَاحِدَةٌ (سم) ، وَلَوْ قالَ : وَاحِدَةٌ فى ثِنْتَيْنِ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ، وَثِنْتَيْنِ فى ثِنْتَيْنِ اثْنَتانِ وَإنْ نَوَى الحِسابَ ؛ وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ مِنْ هُنا إلى الشّامِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْقالَ : أَنْتِ طالِقٌ بِمَكَّةَ أَوْ فى مَكَّةَ طَلُقَتْ فى الحالِ فى جَمِيعِ البِلادِ ؛ وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ غَدًا تَقَعُ بِطُلُوعِ الفَجْرِ ، وَلَوْ نَوَى آخِرَ النَّهارِ صُدِّقَ دِيانَةً ؛

نصف تطليقة وثلثها وسدسها تقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى تطليقة واحدة ، وفى الأولى أضاف كل جزء إلى تطليقة منكرة ، فاقتضى كل جزء تطليقة على حدة ، فإن جاوز المجموع الأجزاء كقوله نصف تطليقة وثلثها وربعها قيل واحدة ، وقيل ثنتان وهو المختار ، لأن الزيادة على الواحدة من تطليقة أخرى ، فكأنه أوقع واحدة وبعض أخرى فتتكامل ؛ ولو قال لنسائه وهن أربع : بينكن تطليقة تقع على كل واحدة تطليقة ، لأن الواحدة إذا قسمت بينهن أصاب كل واحدة ربعها فتكمل ؛ وكذلك ثنتان أو ثلاث أوأربع ، لأن الثنتين إذا قسمتا بينهن أصاب كلّ واحدة نصف ، ومن الثلاث ثلاثة أرباع فتكمل ، ومن الأربع كل واحدة واحدة ، ولا يقسم كل واحدة وحدها لأن القسمة فى الجنس الذى لايتفاوت يقع على جملته ؛ وإنما يقسم الآحاد إذا كان متفاوتا ، فان نوى قسمة كل واحدة بانفرادها وقع كذلك لأنه شدّد على نفسه ؛ ولو قال خمس طلقت كل واحدة ثنتين وكذلك إلى ثمانية ؛ ولو قال تسع تطليقات طلقت كل واحدة ثلاثا لما مرّ ؛ ولو قال فلانة طالق ثلاثا وفلانة معها ، أو قال أشركت فلانة معها فى الطلاق طلقتا ثلاثا ثلاثا ؛ ولو قال لأربع نسوة أنتنّ طوالق ثلاثا طلقت كل واحدة ثلاثا (ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث يقع ثنتان ، وإلى ثنتين تقع واحدة) وقالا : يقع فى الأولى ثلاث ، وفى الثانية ثنتان وقد مرّت فى الإقرار (ولو قال واحدة فى ثنتين وقعت واحدة ، وثنتين فى ثنتين اثنتان . وإن نوى الحساب) وقد مرّ فى الإقرار أيضا . قال (ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهى واحدة رجعية) لأنه لم يزدها وصفا بقوله إلى الشام لأنها متى طلقت يقع فى جميع الأماكن (ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة طلقت فى الحال فى جميع البلاد) لما بينا ، وإن عنى به إذا أتيت مكة لم يصدّق قضاء لأن الإضمار خلاف الظاهر ، ولوقال : فى دخولك مكة تعلق الطلاق بالدخول لأنه تعذّر الظرفية والشرط قريب من الظرف فيحمل عليه . قال (ولو قال أنت طالق غدا تقع بطلوع الفجر) لأنه وصفها بالطالقية فى جميع الغد فلزم أن تكون طالقا فى جميعه ولا ذلك إلا بوقوعه فى أوّل جزء منه (ولو نوى آخر النهار صدّق ديانة) لاقضاء لأنه مخالف للظاهر ، إلا أنه يحتمله لأنه تخصيص فيصدق ديانة ،

وَلَوْ قالَ : فى غَدٍ صَحَّتْ قَضَاءً (سم) أيْضًا ؛ وَلَوْ قالَ : أنْتِ طالِقٌ اليَوْمَ غَدًا ، أوْ غَدًا اليَوْمَ يُؤْخَذُ بِأوَّلِهِما ذِكْرًا ؛ وَلَوْ قالَ : أنْتِ طالِقٌ قَبْلَ أنْ أتَزَوَّجَكِ فَلَيْسَ بِشَىْءٍ ؛ وَلَوْ قالَ : أنْتِ طالِقٌ ما لَمْ أطَلِّقْكِ ، أوْ مَتَى ما لَمْ أُطَلِّقْكِ ، أوْ مَتَى لَمْ أطَلِّقْكِ وَسَكَتَ طَلُقَتْ ، وَإنْ قالَ : إنْ لَمْ أطَلِّقْكِ ، أوْ إذَا لَمْ (سم) أُطَلِّقْكِ ، أوْ إذا ما لَمْ (سم) أُطَلِّقْكِ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَمُوتَ ؛ وَلَوْ قالَ أنْتِ طالِقٌ ثَلاثًا ما لَمْ أُطَلِّقْكِ أنْتِ طالِقٌ فَهِىَ طالِقٌ هَذِهِ الوَاحِدَةَ ؛

(ولو قال فى غد صحت قضاء أيضا) لأنه حقيقة كلامه لأن الظرف لايوجب استيعاب المظروف ، وإنما يتعين الجزء الأوّل عند عدم النية لعدم المزاحمة ، وقالا : هو والأوّل سواء ، لأن المراد منهما الظرفية لأن نصب غدا على الظرفية فلا فرق . وجوابه أن قوله غدا للاستيعاب ، ونظيره قوله لا أكلمك شهرا وفى الشهر ، ودهرا وفى الدهر ؛ وإذا كان للاستيعاب فإذا نوى البعض فقد نوى التخصيص كما بينا ، وعلى هذا الخلاف أنت طالق فى رمضان ونوى آخره (ولو قال أنت طالق اليوم غدا ، أو غدا اليوم يؤخذ بأولهما ذكرا) لأن قوله اليوم تنجيز فلا يتأخر ، وقوله غدا إضافة ، والتنجيز إبطال للإضافة فيلغو . قال (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوّجك فليس بشىء) وكذا أمس وقد تزوّجها اليوم لأنه أسند إلى حالة منافية لوقوع الطلاق فلا يقع كقوله قبل أن أخلق ، ولو كان تزوّجها أوّل من أمس وقع الساعة فى الفصل الثانى لأنه أوقع الطلاق فى ملكه فيقع (ولو قال أنت طالق مالم أطلقك ، أو متى مالم أطلقك ، أومتى لم أطلقك وسكت طلقت) لوجود شرط الوقوع بالسكوت ، وهو زمان خال عن التطليق ، لأن هذه الألفاظ للوقت ؛ أما متى ومتى ما فحقيقة فيه ، وأما ما فانه يستعمل فيه ، قال تعالى ـ ما دمت حيا ـ أى وقت الحياة (وإن قال إن لم أطلقك ، أو إذا لم أطلقك ، أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى تموت) لأن هذه الألفاظ للشرط فكان الطلاق معلقا بعدم التعليق فلايتحقق العدم إلا بالموت ، أما إن فظاهر ، وأما إذا وإذا ما فكذلك عنده ، وقالا : هما بمعنى متى ، قال تعالى ـ إذا السماء انشقت ـ وأمثالها والمراد الوقت ، ولأبى حنيفة أنها تستعمل للشرط أيضا ، قال :

* وإذا تصبك خصاصة فتحمل * جزم بها وهى دليل الشرطية ، وإذا استعملت فى الأمرين لايقع الطلاق بالشكّ لاحتمال إرادة كلّ واحد منهما على الانفراد ، بخلاف قوله طلقى نفسك إذا شئت حيث لايخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس ويحمل على الوقت لأنه لما احتملهما وقد ملكها فلا يخرج الأمر من يدها بالشكّ (ولوقال أنت طالق ثلاثا مالم أطلقك أنت طالق فهى طالق هذه الواحدة) لأنه وجد شرط البر وهوعدم الوقت

وَلَوْ قالَ : أنا مِنْكِ طالِقٌ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ وَإِنْ نَوَى ؛ وَلَوْ قالَ : أنا مِنْكِ بائِن أَوْ عَلَيْكِ حرَام وَنَوَى الطَّلاقَ فَوَاحِدَةٌ بائِنَةٌ ؛ وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ هكَذا وأشارَ بأصابِعِهِ الثَّلاثِ فَثَلاثٌ ، وَبالوَاحِدَةِ وَاحِدَةٌ ، وَبالثِّنْتَيْنِ ثِنْتانِ ، والمُعْتَبَرُ المَنْشُورَةُ ، وَإِنْ أشارَ بِظُهُورِها فالمُعْتَبَرُ المَضْمُومَةُ .

الخالى عن التطليق (ولو قال أنا منك طالق لم يقع شيء وإن نوى ، ولوقال أنا منك بائن أوعليك حرام ونوى الطلاق فواحدة بائنة) والفرق أن الطلاق إزالة القيد ، والقيد قائم بالمرأة دون الرجل ، أو لإزالة الملك وهي المملوكة وهو المالك ؛ أما الإبانة فلقطع الوصلة والتحريم لرفع الحلّ والوصلة ، والحلّ مشترك بينهما فصحّ إضافتهما إليهما دون الطلاق (ولو قال أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث فثلاث ، وبالواحدة واحدة ، وبالثنتين ثنتان ، والمعتبر المنشورة) لأنها للإعلام بالعدد ، قال عليه الصلاة والسلام « الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخنس إبهامه » وأراد فى النوبة الثالثة التسعة وعليه العرف ، ولو أراد المضمومتين أو الكفّ لم يصدق قضاء لأنه خلاف الظاهر (وإن أشار بظهورها فالمعتبر المضمومة) لأنه يريد إعلام العدد بقدر المضمومة رجوعا إلى العادة بين الناس ؛ ولو قال أنت طالق ولم يقل هكذا وقعت واحدة ، لأنه لما لم يذكر العدد بقى مجرّد قوله أنت طالق فتقع واحدة؛ ولو قال أنت طالق واحدة أو قال ثنتين أوقال ثلاثا فماتت بعد قوله أنت طالق قبل ذكر العدد لم يقع شيء ، لأنه متى ذكر العدد فالواقع هو العدد ، فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحلّ قبل الإيقاع فبطل ؛ وفى الفتاوى : إذا قال أنت طالق كذا كذا طلقت ثلاثا ، لأنه إذا أقرّ بكذا كذا لزمه أحد عشر على ما عرف ، فكأنه قال أنت طالق أحد عشر ؛ ولو قال كذلك طلقت ثلاثا كذلك هنا .

فصل فى وصف الطلاق

أصله أنه متى وصف الطلاق بوصف لايوصف به ولا يحتمله وقع الطلاق وبطل الوصف كقوله أنت طالق طلاقا لم يقع ، فانه يقع واحدة لأن الطلاق لم يوصف بذلك ، ومتى وقع الطلاق لايرتفع ؛ وكذا إذا قال أنت طالق وأنا بالخيار ثلاثة أيام يقع ويبطل الشرط ، ومتى وصفه بوصف يوصف به ، فلا يخلو إما إن كان ينبئ عن زيادة شدّة وغلظة أولا ، فان كان لاينبئ عن ذلك فهو رجعى ، وإن كان ينبئ فهو بائن ؛ مثال الأوّل : أنت طالق أفضل الطلاق أو أكمله أو أحسنه أو أعدله أو أسنه أو خيره فانه تقع واحدة رجعية ، لأنه لاوصف لها ينبئ عن الشدّة ، والبينونة وصف شدّة فلا يقع .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ بَائِنٌ أَوْ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ أَوْ أَخْبَثَهُ أَوْ أَشَدَّهُ أَوْ أَعْظَمَهُ أَوْ أَكْبَرَهُ أَوْ أَشَرَّهُ أَوْ أَسْوَأَهُ أَوْ طَلَاقَ الشَّيْطَانِ أَوِ الْبِدْعَةِ أَوْ كَالْجَبَلِ أَوْ مِلْءَ الْبَيْتِ ، أَوْ تَطْلِيقَةً شَدِيدَةً أَوْ طَوِيلَةً أَوْ عَرِيضَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ ، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ .

(و) مثال الثانى (لو قال : أنت طالق بائن أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أشدّه أو أعظمه أو أكبره أو أشرّه أو أسوأه أو طلاق الشيطان أو البدعة أو كالجبل أو ملء البيت ، أو تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة فهى واحدة بائنة) لأن هذه الأوصاف تنبئ عن الشدّة ، والبائن : هو الشديد الذى لايقدر على رجعتها ، بخلاف الرجعى لأنه ليس بشديد عليه حتى يملك رجعتها بدون أمرها . قال (وإن نوى الثلاث فثلاث) لأن الشدّة والبدعة وطلاق الشيطان يتنوّع إلى نوعين : شدّة ضعيفة وقوية ، فالضعيفة الواحدة البائنة ، فعند عدم النية يتصرّف إليها للتيقن ؛ وإذا نوى الثلاث فقد نوى أحد نوعيه فيصدق ، وكذا لو قال أنت طالق كألف لأنه يشبه بها فى القوّة . قال * وواحد كالألف إن أمر عنى * ويشبه بها فى العدد فأيهما نوى صحّ ، وعند عدمها يثبت الأقلّ لما مرّ . وعن محمد أنه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فالظاهر هو التشبيه فى العدد . ثم عند أبى حنيفة ومحمد متى شبه الطلاق فهو بائن ، لأن التشبيه يقتضى زيادة الوصف وذلك بالبينونة ، لأن عند عدم التشبيه يكون رجعيا ، وعند أبى يوسف ، وقيل هو قول محمد إن ذكر العظم كان بائنا وإلا فلا ، وسواء كان المشبه به عظيما فى نفسه أولا لأنه يحتمل التشبيه فى نفس التوحيد، فاذا ذكر العظم علمنا أنه أراد الزيادة . وعند زفر إن شبهه بما هو عظيم فى نفسه كان بائنا وإلا فهو رجعى ، والخلاف يظهر فى قوله : أنت طالق مثل رأس الإبرة ، مثل عظم رأس الإبرة ، مثل الجبل ، مثل عظم الجبل ، فعند أبى حنيفة هو بائن فى الجميع ، وعند أبى يوسف هو بائن فى الثانية والرابعة ، رجعى فى الباقى ؛ وعند زفر هو بائن فى الثالثة والرابعة ، رجعى فى الباقى ؛ ولو قال أنت طالق مثل عدد كذا لشىء لاعدد له كالشمس والقمر فواحدة بائنة عند أبى حنيفة ، رجعية عند أبى يوسف ؛ ولو قال كالنجوم فواحدة عند محمد ، لأن معناه كالنجوم ضياء إلا أن ينوى العدد فثلاث ؛ ولو قال أنت طالق لا قليل ولا كثير يقع ثلاثا ؛ ولو قال لا كثير ولا قليل تقع واحدة فيثبت ضدّ ما نفاه أولا ، لأن بالنفى ثبت ضدّه فلا يرتفع ؛ ولو طلق امرأته واحدة رجعية ثم قال جعلتها بائنة أو ثلاثا يكون كذلك عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : يصير بائنا لاثلاثا لأن الواحدة لاتحتمل العدد وتحتمل التبديل إلى صفة أخرى . وقال محمد : لايكون بائنا ولا ثلاثا لأنه إذا وقع بصفة لايملك تغييره لأن تغيير الواقع لايصحّ . ولأبى حنيفة أن الإبانة مملوكة له فيملك إثباتها بعد الإيقاع ويملك إيقاع العدد فيملك إلحاق الثنتين بالواحدة وضمهما إليها

وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ ثَلَاثًا وَقَعْنَ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ ، أَوْ طَالِقٌ طَالِقٌ ، أَوْ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ ، أَوْ وَاحِدَةٌ قَبْلَ وَاحِدَةٍ ، أَوْ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً قَبْلَهَا وَاحِدَةٌ ، أَوْ بَعْدَ وَاحِدَةٍ فَثِنْتَانِ ،وَلَوْ قَالَ : مَعَ وَاحِدَةٍ أَوْ مَعَهَا وَاحِدَةٌ فَثِنْتَانِ أَيْضًا ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً فَدَخَلَتْ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ (سم) ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَدَخَلَتْ وَقَعَتْ ثِنْتَانِ .

فصل

(ومن طلق امرأته قبل الدخول ثلاثا وقعن) لأن قوله أنت طالق ثلاثا إيقاع لمصدر محذوف تقديره طلاقا ثلاثا فيقعن جملة ، وليس قوله أنت طالق إيقاعا على حدة (ولو قال أنت طالق وطالق ، أو طالق طالق ، أو واحدة وواحدة ، أو واحدة قبل واحدة ، أو بعدها واحدة وقعت واحدة) لأنه ما لم يعلق الكلام بشرط أو يذكر فى آخره ما يغير صدره كان كل لفظ إيقاعا على حدة ، فيقع الأوّل وتبين لاإلى عدة فتصادفها الثانية وهى بائن فلا تقع . وأما القبلية والبعدية فالأصل فيها أنه متى ذكر حرف الظرف مقرونا بهاء الكناية بين طلاقين كان الظرف صفة للمذكور آخرا ، وإن لم يقرنه بهاء الكناية فهو صفة للمذكور أوّلا ، مثاله جاءنى زيد قبله عمرو ، وجاءنى زيد قبل عمرو ، فالقبلية فى الأوّل صفة لعمرو ، وفى الثانى صفة لزيد ، فقوله أنت طالق واحدة قبل واحدة ، فالقبلية صفة للأولى ، والإيقاع فى الماضى إيقاع للحال ، لأن الإخبارات إنشاءات شرعا فوقعت الواحدة فبانت بها فلا يقع ما بعدها ، وقوله بعدها واحدة فالبعدية صفة للأخيرة وقد حصلت الإبانة قبلها فلا يقع (ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة ، أو بعد واحدة فثنتان) لأن القبلية صفة للأخرى فاقتضى إيقاعها فى الماضى وإيقاع الأولى فى الحال ، وقد بينا أن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال فيقترنان . وفى المسألة الثانية البعدية صفة للأولى فاقتضى إيقاع الواحدة فى الحال وإيقاع أخرى قبلها فيقترنان (ولو قال مع واحدة أو معها واحدة فثنتان أيضا) لأن كلمة مع للمقارنة (ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت واحدة) وقالا ثنتان (ولو قال أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت وقعت ثنتان) بالإجماع . لهما أن حرف الواو للجمع المطلق ، والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ، ولا فرق بينهما إذا أخر الجزاء

وكِناياتُ الطَّلاقِ لايَقَعُ بِهَا إلاَّ بِنِيَّةٍ أوْ بِدَلالَةِ الحالِ ، وَيَقَعُ بائِنا إلاَّ اعْتَدِّى واسْتَبْرِئى رَحِمَكِ وأنْتِ وَاحِدَةٌ فَيَقَعُ بِهَا وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ .

أو قدمه لأنه تعليق بحرف الجمع . وله أن الشرط إذا تأخر بغير صدر الكلام فيتوقف عليه جميع الكلام فتقع جملة ، أما إذا تقدم لامغير له فلا يتوقف ، والجميع يحتمل الترتيب ويحتمل القران ، فعلى تقدير احتمال الترتيب لاتقع إلا واحدة كما إذا صرّح به فلا يقع الزائد عليه بالشكّ ؛ ولو عطف بحرف الفاء . قال الكرخى : هو على الخلاف ، وقال أبو الليث : تقع واحدة بالإجماع لأن الفاء للتعقيب ، قالوا : وهو الأصحّ ، ولو قال لغير المدخول بها أنت طالق طالق إن دخلت الدار بانت بالأولى ولم تتعلق بالثانية ، وفى المدخول بها تقع واحدة للحال وتتعلق الثانية بالدخول .

فصــــل

(وكنايات الطلاق لايقع بها إلا بنية أو بدلالة الحال) لاحتمالها الطلاق وغيره لأنها غير موضوعة له فلا يتعين إلا بالتعيين ، وهو أن ينويه أو تدلّ عليه الحال فتترجح إرادته . قال (ويقع بائنا) لأنه يملك إيقاع البائن وأنه أحد نوعى البينونة فيملكه كالثلاث وقد أوقعه بقوله أنت بائن أو أنت طالق بائن أو أبنتك بطلقة ونحو ذلك ، فان هذه الألفاظ تدل على البينونة بصريحها ومعناها ، فان قوله بائن صريح . وبتة وبتلة ينبئان عن القطع وذلك فى البائن دون الرجعى ، وكذا سائر الألفاظ إذا تأملت معناها . قال (إلا اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة فيقع بها واحدة رجعية) لأن قوله اعتدى يحتمل اعتدى نعم الله تعالى ، ويحتمل اعتدى عدّة الطلاق فاذا نواها يصير كأنه قال طلقتك فاعتدى ، وذلك يوجب الرجعة . وأما قوله استبرئى رحمك فلأنه يستعمل للعدة إذ هو المقصود منها ، ويحتمل استبرئى لأطلقك ، فان نوى الأوّل كان فى معناه فيكون رجعيا لما مرّ ، وقوله أنت واحدة يصلح نعتا لمصدر محذوف ويصلح وصفا لها بالتوحيد عنده ، فاذا نوى الطلاق تعين الأوّل ومثله جائز كقوله أعطيتك جزيلا : أى عطاء جزيلا ، وإذا احتمله فاذا نواه تعين مجملا فيصير كأنه قال أنت طالق طلقة واحدة ؛ ولو قال ذلك كان رجعيا فكذا هذا ، ولهذا قال بعض أصحابنا : إذا أعرب الواحدة بالرفع لا يقع شىء وإن نوى لأنه صفة لشخصها وإن أعرب بالنصب تقع واحدة من غير نية لأنه نعت مصدر محذوف ؛ وإن سكن يحتاج إلى نيته ، وعامة المشايخ قالوا : الكلّ سواء ، لأن العامة لايميزون بين ذلك فلا يبنى حكم يرجع إليهم عليه ، ولا يقع بهذه الألفاظ الثلاثة إلا واحدة ، لأن قول أنت طالق مضمر فيها أو مقتضى ، ولو أظهر لايقع إلا واحدة لما بينا ، كذا هذا

وألفاظُ البائنِ قولُه : أنتِ بائنٌ ، بتَّةٌ ، بتْلَةٌ ، حرامٌ ، حبلُكِ على غاربِك ، خليَّةٌ ، بريَّةٌ ، الحقي بأهلِك ، وهبتُكِ لأهلِك ، سرَّحتُك ، فارقتُك ، أمرُكِ بيدِك ، تقنَّعي ، استتِري ، أنتِ حرَّةٌ ، اغرُبي ، اخرُجي ، ابتغي الأزواجَ ؛ ويَصِح فيها نيَّةُ الواحدةِ والثلاثِ ، ولَوْ نوَى الثنتَينِ فواحدةٌ ، ولَوْ قالَ لَها : اختارِي ينوِي الطلاقَ فلَها أنْ تُطلِّقَ نفسَها في مجلِسِ عِلمِها ، ويَبطُلُ خيارُها بالقيامِ ، وبِتبدُّلِ المجلِسِ ،

قال (وألفاظ البائن قوله : أنت بائن ، بتة ، بتلة ، حرام ، حبلك على غاربك ، خلية ، برية ، الحق بأهلك ، وهبتك لأهلك ، سرّحتك ، فارقتك ، أمرك بيدك ، تقنعى ، استترى ، أنت حرّة ، اغربى ، اخرجى ، ابتغى الأزواج ؛ ويصحّ فيها نية الواحدة والثلاث) لأن البينونة خفيفة وغليظة فأيهما نوى صحّ ، وإن نوى نفس الطلاق فواحدة لأنه الأدنى (ولو نوى الثنتين فواحدة) لأنهما عدد واللفظ لايدلّ على العدد ، وفيه خلاف زفر وقد تقدّم ، ولا يقع إلا بالنية أو فى حال مذاكرة الطلاق لأنه دليل عليه فيقع فى القضاء ولا يقع ديانة إلا بالنية ، وتقع واحدة لأنه أدنى . ثم هى ثلاثة أقسام : منها ما يصلح جوابا لاغير ، وهى ثلاثة : أمرك بيدك ، اختارى ، اعتدّى . ومنها ما يصلح جوابا وردّا لاغير وهى سبعة : اخرجى ، اذهبى ، اغربى ، قومى ، تقنعى ، استترى ، تخمرى . ومنها مايصلح جوابا وردّا وشتيمة وهى خمسة : خلية ، برية ، بتة ، بائن ، حرام . وعن أبى يوسف أنه ألحق بالقسم الأوّل خمسة أخرى : خليت سبيلك ، سرّحتك ، لاملك لى عليك ، لاسبيل لى عليك ، الحقى بأهلك . والأحوال ثلاثة : حالة مطلقة وهى حالة الرضا ، وحالة مذاكرة طلاقها ، وحالة غضب . أما حالة الرضا فلا يقع الطلاق بشىء من ذلك إلا بالنية لما تقدّم ، والقول قول الزوج فى عدم النية لأنه لايطلع غيره عليه والحال لايدلّ عليه . وفى حال مذاكرة الطلاق يقع الطلاق قضاء ولا يصدق على عدمه إلا فيما يصلح جوابا وردّا لأنه لايحتمل الردّ وهو الأدنى فيصدق فيه . وفى حالة الغضب يصدق إلا فيما يصلح جوابا لاغير ، لأنه يصلح للطلاق الذى يدل عليه الغضب فيجعل طلاقا . قال (ولو قال لها اختارى ينوى الطلاق فلها أن تطلق نفسها فى مجلس علمها) فإن كانت حاضرة فبسماعها ، وإن كانت غائبة فبالإخبار لأن المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ولأنه ملكها فعل الاختيار ، والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كالبيع والهبة ونحوهما (ويبطل خيارها بالقيام) لأنه دليل الإعراض (وبتبدّل المجلس) حقيقة بالانتقال إلى مجلس آخر ، ومعنى بتبدل الأفعال فمجلس الأكل غير مجلس القتال ، ومجلس القتال غير مجلس البيع والشراء ؛ ويبطل بتبدّل المجلس . وإن كانت معذورة فان محمدا

فإذَا اختَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ بائِنَةٌ ، وَلا يَكُونُ ثَلاثًا وَإنْ نَوَاهَا ، وَلا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ أوْ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ فِى كَلامِهِ أوْ كَلامِهَا ،

رحمه الله قال : إذا أخذ الزوج بيدها وأقامها من المجلس بطل خيارها ، ولو كانت فى صلاة مكتوبة أو وتر فأتمتها لايبطل ، وكذا فى التطوّع إن تمت ركعتين لأنها ممنوعة عن قطعها ، وإن تمت أربعا بطل لأن الزيادة على ركعتين فى النفل كالدخول فى صلاة أخرى . وعن محمد فى الأربع قبل الظهر لاتبطل وإن أتمتها أربعا ، وهو الصحيح ، ولو كانت قائمة فقعدت فهى على خيارها لأنه دليل التروّى ، فان القعود أجمع للرأى ، وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت ، أو متكئة فقعدت ، لأنه انتقال من جلسة إلى جلسة وليس باعراض ، كما إذا تربعت بعد أن كانت محتبية . وقيل إذا كانت قاعدة فاتكأت بطل خيارها لأنه إظهار للتهاون بالأمر فكان إعراضا ، والأوّل أصحّ ، ولو كانت قاعدة فاضطجعت فعن أبى يوسف روايتان ، وإن كانت تسير على دابة أو فى محمل فوقفت فهى على خيارها ، وإن سارت بطل خيارها ، إلا أن تختار مع سكوت الزوج ، لأن سير الدابة ووقوفها مضاف إليها ، فاذا سارت كان كمجلس آخر (فإذا اختارت نفسها فهى واحدة بائنة) لأن اختيارها نفسها يوجب اختصاصها بها دون غيرها وذلك بالبينونة (ولا يكون ثلاثا وإن نواها) لأن الاختيار لايتنوّع (ولا بدّ من ذكر النفس أو ما يدلّ عليه فى كلامه أو كلامها) مثل أن يقول اختارى نفسك فتقول اخترت ، أو يقول لها اختارى فتقول، اخترت نفسى لأن ذلك عرف باجماع الصحابة ، وأنه المفسر من أحد الجانبين ، ولأن المبهم لايصلح تفسيرا للمبهم ، حتى لوقال لها اختارى ، فقالت اخترت فليس بشىء ، لأن الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق وضعا ، وإنما جعل بالسنة فيما إذا كان مفسرا ، فاذا لم يكن كذلك لايقع به شىء ، ولأن قوله اختارى ، وقولها اخترت ليس له مخصص بها فلا يقع الطلاق ، فإذا ذكرت النفس تخصص الاختيار لها فيقع . وقال فى المحيط : ولابدّ من ذكر النفس أو التطليقة أو الاختيارة فى أحد الكلامين لوقوع الطلاق ؛ أما ذكر النفس فلما ذكرنا ؛ وأما ذكر التطليقة فظاهر ؛ وأما الاختيارة فلأن الهاء تنبئ عن التفرّد ، واختيارها نفسها هو الذى يتحد مرّة ويتعدّد أخرى ، فصار مفسرا من جانبه . والقياس أن لايقع بالتخيير طلاق ، وإن نوى ، لأنه لايملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره ، ولأن قولها أنا أختارنفسى يحتمل الوعد فلا يكون جوابا مع الاحتمال . وجه الاستحسان إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ولأن الشرع جعل هذا إيجابا وجوابا لما روى أنه لما نزل قوله تعالى ـ يا أيها النبىّ قل لأزواجك إن كنتنّ تردن الحياة الدنيا وزينتها ـ الآية ، « بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضى الله عنها ، فقال : إنى أخبرك بشىء فما عليك ألا تجيبينى حتى تستأمرى أبويك ثم أخبرها بالآية ، فقالت : أفى هذا أستأمر

وَلَوْ قالَ لَهَا : اخْتَارِي اخْتَارِي اخْتَارِي ، فَقَالَتْ : اخْتَرْتُ اخْتِيارَةً ، أَوْ قالَتْ اخْتَرْتُ الأُولى أَوِ الوُسْطَى أَوِ الأخيرَةَ فَهيَ ثَلاثٌ (سم) ، وَلَوْ قالَتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِي أَوِ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قالَ اخْتَارِي نَفْسَكِ أَوْ أَمْرُكِ بِيَدِكِ بِتَطْلِيقَةٍ ، فاخْتارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ خَيَّرَهَا فَقَالَتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِي لابَلْ زَوْجِي لايَقَعُ ، وَلَوْ قالَتْ : نَفْسِي أَوْ زَوْجِي لايَقَعُ ، وَلَوْ قالَتْ : نَفْسِي وَزَوْجِي طَلُقَتْ ، وَالأَمْرُ بِاليَدِ كالتَّخْيِيرِ يَتَوَقَّفُ عَلَى المَجْلِسِ ، إلاَّ أَنَّهُ إذَا قالَ : أَمْرُكِ بِيَدِكِ وَنَوَى الثَّلاثَ صَحَّ ؛

أبوىّ يارسول الله ؟ لا ، بل أختار الله ورسوله » وأرادت بذلك الاختيار للحال ، وأعدّه رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا وإيجابا ، ولأن له أن يستديم النكاح وله أن يفارقها ، فله أن يقيمها مقام نفسه فى ذلك (ولو قال لها : اختارى اختارى اختارى ، فقالت : اخترت اختيارة ، أو قالت : اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة فهى ثلاث) ولا يحتاج إلى نية الزوج ، لأن تكرار هذا الكلام إنما يكون فى الطلاق دون غيره . أما قولها اختيارة فلأنها للمرة ، ولوصرحت بالمرّة كانت ثلاثا فكذا هذا ، ولأنها للتأكيد والتأكيد بوقوع الثلاث . وأما قولها الأولى أو الوسطى أو الأخيرة فمذهب أبى حنيفة . وقالا تقع واحدة ، لأن ذكر الأولى أو الوسطى أو الأخيرة إن كان لايفيد الترتيب يفيد الإفراد لأنه يدلّ عليه فيعتبر فيه . وله أنها إنما تتصرّف فيما ملكته ، إذ المجتمع فى الملك كالمجتمع فى المكان ، وذلك لايحتمل الترتيب ، فان القوم المجتمعين فى مكان لايقال هذا أوّل وهذا آخر ، ويقال هذا جاء أوّلا وهذا آخرا ، فيكون الترتيب فى مجيئهما لافى ذاتهما ، وإذا كان كذلك لغا قولها الأولى أو الوسطى فبقى قولها اخترت ؛ ولو قالت اخترت وسكتت وقعت الثلاث كذا هذا (ولوقالت طلقت نفسى أو اخترت نفسى بتطليقة فهى رجعية) لأنها اختارت نفسها بعد انقضاء العدّة ، لأن هذا يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدّة (ولو قال : اختارى نفسك أو أمرك بيدك بتطليقة فاختارت نفسها فهى واحدة رجعية) لأن ذكر الطلاق يعقب الرجعة ، وصار كأنه قال : طلقى نفسك (ولو خيرها فقالت : اخترت نفسى لابل زوجى لايقع) لأنه للإضراب عن الأوّل فلا يقع (ولو قالت : نفسى أو زوجى لايقع) لأن أو للشكّ فلا يقع الطلاق بالشكّ ، وخرج الأمر من يدها لاشتغالها بشىء آخر (ولو قالت : نفسى وزوجى طلقت) ولا يصحّ العطف (والأمر باليد كالتخيير يتوقف على المجلس) على ما ذكرنا (إلا أنه إذا قال : أمرك بيدك ونوى الثلاث صحّ) لأنه يحتمل العموم والخصوص ، والاختيار لايحتمل العموم ، فان الأمر باليد

وَلَوْ قالَتْ فى جَوَابِ الأَمْرِ باليَدِ : اخْتَرْتُ نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ ثَلاثٌ ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا : أَمْرُكِ بِيَدِكِ فاخْتارَتْ نَفْسَها يَقَعُ ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا : طَلِّقِي نَفْسَكِ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ فى المَجْلِسِ وَتَقَعُ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَها ثَلاثا وَقَدْ أَرَادَها الزَّوْجُ وَقَعْنَ ، وَلا تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنْتَيْنِ (ز) إِلاَّ أَنْ تَكُونَ أَمَةً فَيَصِحُّ ، وَلَوْ كانَتْ حُرَّةً وَقَدْ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً لايَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنْتَيْنِ . وَلَوْ قالَتْ : أَبَنْتُ نَفْسِي طَلُقَتْ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا : أَمْرُكِ بِيَدِكِ ، فَقَالَتْ : أَنْتَ عَلَيَّ حَرَامٌ ، أَوْ أَنْتَ مِنِّى بائِنٌ ، أَوْ أَنا عَلَيْكَ حَرَامٌ ، أَوْ أَنا مِنْكَ بائِنٌ ، فَهُوَ جَوَابٌ وَطَلُقَتْ ،

ينبئ عن التمليك وضعا ، قال تعالى - والأمر يومئذ لله - والاختيار عرف تمليكا شرعا لاوضعا ، والإجماع انعقد فى الطلقة الواحدة لاغير ، فلهذا صحت نية الثلاث فى الأمر باليد دون التخيير (ولو قالت فى جواب الأمر باليد : اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث) لأنها صفة الاختيارة ، لأن الاختيارة تصلح جوابا للأمر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فصار كما إذا قالت : اخترت نفسى مرّة واحدة ، وبذلك يقع الثلاث (ولو قال لها : أمرك بيدك فاختارت نفسها) قيل لايقع ، والأصحّ أنه (يقع) ولو قال لها : إن دخلت الدار فأمرك بيدك إن طلقت نفسها كما وقعت قدمها فيها طلقت ، وإن طلقت بعد ما مشت خطوتين لم تطلق (ولو قال لها : طلّقى نفسك فلها أن تطلق فى المجلس) لأن المرأة لاتكون وكيلة فى حقّ نفسها فكان تمليكا (وتقع واحدة رجعية ، وليس له أن يرجع عنه) لأنه تمليك فيه معنى التعليق ، لأنه علق الطلاق بتطليقها ، وكذا قوله أنت طالق إن شئت أو أحببت أو هويت أو أردت أو رضيت ، لأن كله تعليق بفعل القلب فهو كالخيار (وإن طلقت نفسها ثلاثا وقد أرادها الزوج وقعن) لأن معناه افعلى الطلاق وهو اسم جنس فيتناول الأدنى مع الجميع كسائر أسماء الأجناس فتصحّ نية الثلاث وينصرف إلى الأدنى عند عدمها على ما مرّ (ولا تصحّ نية الثنتين) لأنه عدد خلافا لزفر وقد بيناه (إلا أن تكون أمة فيصحّ) لأنه الجنس فى حقها (ولوكانت حرّة وقد طلقها واحدة لاتصحّ نية الثنتين) لأنه ليس بجنس فى حقها (ولو قالت : أبنت نفسى طلقت واحدة رجعية) لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق ، إلا أنها زادت فيها وصف الإبانة فيلغو ، كما إذا قالت طلقت نفسى بائنة . وعن أبى حنيفة : لايقع شىء لأنها أتت بغير ما فوّض إليها ، ويتقيد بالمجلس كما فى المخيرة لأنه تمليك أيضا (ولو قال لها : أمرك بيدك ، فقالت أنت علىّ حرام ، أو أنت منى بائن ، أو أنا عليك حرام ، أو أنا منك بائن ، فهو جواب وطلقت) لأن هذه الألفاظ تفيد الطلاق كما إذا قالت طلقت نفسى ، ولو قالت أنت منى طالق لم يقع

وَلَوْ قالَتْ : أنا مِنكَ طالِقٌ ، أَوْ أنا طالِقٌ وَقَعَ ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا : طَلِّقِي نَفْسَكِ مَتى شِئْتِ ، أَوْ مَتى مَاشِئْتِ ، أَوْ إِذَا شِئْتِ ، أَوْ إِذَا ماشِئْتِ لايَتَقَيَّدُ بالمَجْلِسِ ، وَلَوْ رَدَّتْهُ لايَرْتَدُّ ، وكَذَا لَوْ قالَ لِغَيْرِهِ : طَلِّقِ امْرأتي ، وَلَوْ قالَ لَهُ : إنْ شِئْتَ اقْتَصَرَ عَلى المَجْلِسِ (ز) ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا : طَلِّقِي نَفْسَكِ كُلَّما شِئْتِ فَلَها أن تُفَرِّقَ الثَّلاثَ وَلَيْسَ لَهَا أنْ تَجْمَعَها ؛ وَلَوْ قالَ طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلاثا فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ ؛ وَلَوْ قالَ : وَاحِدَةً فَطَلَّقَتْ ثَلاثا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ (سم) ؛

شىء (ولو قالت : أنا منك طالق ، أو أنا طالق وقع) لأن المرأة توصف بالطلاق دون الرجال (ولو قال لها : طلقى نفسك متى شئت ، أومتى ماشئت ، أو إذا شئت ، أو إذا ما شئت لايتقيد بالمجلس) لأنها لعموم الأوقات كأنه قال : فى أىّ وقت شئت ، وهذا فى متى ومتى ما ظاهر ؛ وأما إذا وإذاما فقد سبق الكلام فيه والعذر عنه (ولو ردّته لايرتدّ) لأنه ملكها الطلاق فى أىّ وقت شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة فلا يرتدّ بالردّ (وكذا لو قال لغيره : طلق امرأتى) لايتقيد بالمجلس لأنه توكيل (ولو قال له : إن شئت اقتصر على المجلس) وقال زفر : هو والأوّل سواء لأنه توكيل كما إذا سكت عن المشيئة . ولنا أنه تمليك حيث علقه بالمشيئة ، والمالك يتصرّف بالمشيئة ، والتمليك يقتصر على المجلس لما عرف ؛ ولو قال لها : أنت طالق إن أحببت ، فقالت شئت وقع ؛ ولوقال : إن شئت فقالت أحببت لايقع ؛ والفرق أن المشيئة إرادة وإيجاب وفيها معنى المحبة وزيادة فقد وجد الشرط فى الأولى وزيادة والمحبة ليس فيها إيجاب فلم يوجد فى المسئلة الثانية المشيئة بتلك الصفة فلم يوجد الشرط (ولو قال لها : طلقى نفسك كلما شئت فلها أن تفرق الثلاث) لأن كلما تقتضى تكرار الفعل ويقتصر على المملوك من الطلاق فى النكاح القائم حتى لوطلقها ثلاثا عادت إليه بعد زوج آخر لاتملك التطليق (وليس لها أن تجمعها) لأنها توجب عموم الانفراد لاعموم الاجتماع وقال زفر : لايقتصر على المملوك فى النكاح حتى كان لها أن تطلق نفسها بعد زوج آخر عملا بحقيقة كلمة كلما . ولنا أنه تمليك فلا يصحّ إلا فيما هو فى ملكه ، ولا يملك أكثر من الثلاث ، وعلى هذا الإيلاء إذا وقع به ثلاث طلقات ثم عادت إليه لايعود الإيلاء عندنا ، وعنده يعود (ولو قال : طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهى واحدة) لأنها أوقعت بعض ما ملكت (ولو قال : واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شىء) عند أبى حنيفة ، وقالا : تقع واحدة لأنها ملكت الواحدة ، وقد أتت بالزيادة عليها فتلغو كما إذا قال لها أنت طالق أربعا ، فانه يقع الثلاث ويلغو الزائد . وله أن الواحدة غير الثلاث لفظا ومعنى فقد أتت بغير ما ملكها فكان كلاما مبتدأ فلايقع ، بخلاف الزوج لأنه يملك الثلاث

وَلَوْ قالَ لَهَا : طَلِّقِي نَفْسَكِ وَاحِدَةً أَمْلِكُ الرَّجْعَةَ ، فَقَالَتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِي وَاحِدَةً بائِنَةً فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قالَ : وَاحِدَةً بائِنَةً ، فَقَالَتْ : طَلَّقْتُ رَجْعِيَّةً فَهِيَ بائِنَةٌ ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا : أَنْتِ طالِقٌ كَيْفَ شِئْتِ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَإِنْ لَمْ تَشَأْ فإنْ شاءتْ بائِنَةً أَوْ ثَلاثًا وَقَدْ أَرادَ الزَّوْجُ ذلكَ وَقَعَ ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مَشِيئَتُهَا وَإِرَادَتُهُ فَوَاحِدَةٌ (سم) رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ ما شِئْتِ أَوكَمْ شِئْتِ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ما شاءَتْ ؛ وَلَوْ قالَ لَهَا طَلِّقِي نَفْسَكِ مِنْ ثَلاثٍ ما شِئْتِ فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ ثَلاثًا وَتُطَلِّقَ ما دونَهَا (سم) .

فيتصرّف فيها بحكم الملك ، والزائد عليها لغو فبطل (ولو قال لها : طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة ، فقالت : طلقت نفسى واحدة بائنة فهي رجعية) لأنها أتت بالأصل فصح ووقع ما أمرها به ثم أتت بزيادة وصف فيلغو إذ لاحاجة إليه (ولو قال: واحدة بائنة ، فقالت : طلقت رجعية فهى بائنة) لما قلنا (ولوقال لها : أنت طالق كيف شئت وقعت واحدة رجعية وإن لم تشأ ، فان شاءت بائنة أو ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقع) للاتفاق بين إرادته ومشيئتها (وإن اختلفت مشيئتها وإرادته فواحدة رجعية) لأنها لما خالفته لغا تصرّفها فبقى أصل الإيقاع . وقال أبو يوسف ومحمد : لايقع شيء مالم توقع المراه فتشاء ثلاثا أو واحدة رجعية أو بائنة والعتق على هذا الخلاف . لهما أنه فوّض إليها التطليق على أى صفة شاءت فوجب أن يتعلق بمشيئتها أصل الطلاق حتى تملك ذلك قبل الدخول وبعده ، ولو وقع بمجرّد إيقاعه لايملك قبل الدخول . ولأبى حنيفة أن كيف للاستيصاف فتقتضى ثبوت أصل الطلاق ، ويكون التفويض إليها فى الصفة عملا بحقيقة كلمة كيف (ولو قال : أنت طالق ما شئت أو كم شئت فلها أن تطلق نفسها ما شاءت) لأنهما يستعملان للعدد فقد فوّض إليها أىّ شيء شاءت من العدد (ولو قال لها : طلقى نفسك من ثلاث ما شئت فليس لها أن تطلق ثلاثا وتطلق ما دونها) وقالا : لها أن تطلق ثلاثا إن شاءت ، لأن ما للعموم ومن تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كقوله : كل من طعامى ما شئت. ولأبى حنيفة أن من حقيقة للتبعيض ، وما للتعميم فيعمل بهما ، فجعلنا المفوّض إليها بعض الثلاث ، لكن بعضا له عموم وهو ثنتان ، وإنما ترك التبعيض فى النظير لدلالة الحال ، وهو إظهار السماحة والكرم ؛ ولو قال : إن شئت فأنت طالق إذا شئت ، فهما مشيئتان : إحداهما على المجلس ، والثانية مطلقة معلقة بالوقت ، فان قامت بطلتا أما المؤقتة فلتوقتها بالمجلس ، وأما المطلقة فلتعلقها بها ، وإن شاءت يصير كأنه قال لها فى ذلك الوقت: أنت طالق إذا

. . . .

شئت ، ولو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال لا ونوى الطلاق وقع ، ذكره فى المحيط وقال هو الصحيح ؛ وكذا لو قالت : لست لى بزوج ، فقال الزوج : صدقت ونوى الطلاق ؛ وكذا قوله : لست لى بامرأة ، أو ما أنت لى بامرأة ، أو لست لك بزوج ، أو ما أنا لك بزوج ونوى الطلاق يقع ؛ وقالا : لايقع لأنه إخبار كذب فلا يقع وإن نوى . وله أنه يحتمل الطلاق بالإضمار تقديره : لست لى بامرأة لأنى طلقتك ، وإذا احتمل ذلك ونواه صحت نيته فيقع الطلاق ؛ ولو قال له آخر : هل امرأتك إلا طالق ؟ فقال الزوج : لا طلقت ولو قال نعم لاتطلق ، لأن قوله نعم معناه نعم امرأتى غير طالق ، وقوله لا معناه ليس امرأتى إلا طالق ؛ ولوقال لامرأته : قولى أنا طالق لم تطلق حتى تقول لأنه أمر بالإنشاء ؛ ولو قال لغيره : قل لامرأتى إنها طالق طلقت قال أو لم يقل ، لأنه أمره بالإخبار وأنه يستدعى سبق المخبر به ؛ ولو قال له آخر : إن لم تقض حتى اليوم فامرأتك طالق ، قال نعم وأراد جوابه انعقدت يمينه ، لأن الجواب يستدعى إعادة السؤال ، فكأنه قال : نعم امرأتى طالق إن لم أقض حقك ؛ ولو قال لها : اعتدى اعتدى اعتدى وقال نويت واحدة صدق ديانة ويقع ثلاثا فى القضاء ؛ ولو قال : عنيت بالثانية العدة صدق قضاء ؛ ولو قال : نويت بالأولى طلاقا ولم أنو بالثانية والثالثة شيئا فهى ثلاث لأنهما فى حال مذاكرة الطلاق فتتعين له .

ومن الكنايات الكتابة ، فاذا كتب طلاق امرأته فى كتاب أو لوح أو على حائط أو أرض لايقع إلا بالنية . وأصله أن الكتابة حروف منظومة تدلّ على معان مفهومة كالكلام ، وكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم قامت مقام قوله فى الدعاء إلى الإسلام حتى وجب على كل ممن بلغته ، فنقول : إذا كتب ما لايستبين أو كتب فى الهواء فليس بشىء ، لأن ما لايستبين فى الكتابة كالمجمجة (١) والكلام الغير المفهوم ، وإذا كتب ما يستبين فلا يخلو إما إن كان على وجه المخاطبة أولا ، فإن لم يكن على وجه المخاطبة مثل أن يكتب امرأته طالق فانه يتوقف على النية ، لأن الكتابة تقوم مقام الكلام كالكتابة مع الصريح ، وإن كتب على وجه الخطاب والرسالة مثل أن يقول : يا فلانة أنت طالق ، أو إذا وصل إليك كتابى فأنت طالق ، فانه يقع به الطلاق من غير نية ، ولا يصدق لأنه مانوى أنه ظاهر فيه ، ثم إن كان بغير تعليق وقع للحال كأنه قال لها أنت طالق ، وإن كان معلقا بأن كتب إذا جاءك كتابى فأنت طالق لايقع حتى يصل إليها ، لأنه علق الوقوع بشرط فلا يقع قبله ، كما إذا علقه بدخول الدار ، فان وصل الكتاب إلى أبيها فمزّقه ولم يدفعه إليها إن كان هو المتصرّف فى أمورها وقع الطلاق لأنه كالوصول إليها ، وإن لم يكن هو المتصرّف فى أمورها لايقع وإن أخبرها

---

(١) المجاج : الريق ، ومجمج الخط : خلطه وأفسده بالقلم وغيره اهـ مغرب .

وألْفاظُ الشَّرْطِ : إنْ وَإذَا وَإذاما وَمَتَى وَمَتَى ما وَكُلُّ وَكُلَّما ، فاذَا عَلَّقَ الطَّلاقَ بِشَرْطٍ وَقَعَ عَقِيبَهُ وَانْحَلَّتِ اليَمِينُ وَانْتَهَتْ إلاَّ فى كُلَّما ؛ وَلا يَصِحُّ التعْلِيقُ إلاَّ أنْ يَكُونَ الحالِفُ مالِكا كَقَوْلِهِ لامْرأتِهِ : إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فأنْتِ طالِقٌ ؛ أوْ يَقُولُ لِعَبْدِهِ : إنْ كَلَّمْتَ زَيْدًا فأنْتَ حرٌّ ؛ أوْ يُضِيفُهُ إلى مِلْكٍ كَقَوْلِهِ لأجْنَبِيَّةٍ : إنْ تَزَوَّجْتُكِ فأنْتِ طالِقٌ ، أوْ كُلَّ امْرأةٍ أتَزَوَّجُها فَهِيَ طالِقٌ أوْ كُلَّ عَبْدٍ أشْتَرِيهِ فَهُوَ حرٌّ . وَزَوالُ المِلْكِ لايُبْطِلُ اليَمِينَ ، فإنْ وُجِدَ الشَّرْطُ فى مِلْكٍ انْحَلَّتْ وَوَقَعَ الطَّلاقُ ، وَإنْ وُجِدَ فى غَيْرِ مِلْكٍ انْحَلَّتْ وَلَمْ يَقَعْ شَىْءٌ ؛ وَإذَا اخْتَلَفا فى وُجُودِ الشَّرْطِ فالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ وَالبَيِّنَةُ لِلْمَرأةِ ،

ما لم يدفعه إليها لأنه كالأجنبي قال (١) (وألفاظ الشرط : إن وإذا وإذاما ومتى ومتى ما وكلّ وكلما) لأنها مستعملة فيه وضعا . أما إن فشرط محض ليس فيه معنى الوقت وماوراءها فيها معنى الوقت على ما بيناه ؛ وكلمة كل ليست بشرط لأنها يليها الاسم ، والشرط ما يليه الفعل لأنه يتعلق به الجزاء وهو فعل ، إلا أنه لتعلق الفعل بالاسم الذى يليها ألحق بالشرط مثل قوله : كلّ عبد اشتريته فهو حرّ . قال (فإذا علق الطلاق بشرط وقع عقيبه وانحلت اليمين وانتهت) لأن الفعل إذا وجد تمّ الشرط فلا تبقى اليمين (إلا فى كلما) فانها لعموم الأفعال ، قال تعالى ـ كلما نضجت جلودهم ـ الآية ، وإذا كانت للعموم يلزم التكرار ضرورة حتى تقع الثلاث المملوكات فى النكاح القائم ، فلو تزوّجها بعد زوج آخر ووجد الشرط لم يقع شيء خلافا لزفر لمقتضى العموم . ولنا أنه إنما علق ما يملكه من الطلقات ، وقد انتهى ذلك وهو الجزاء فتنتهى اليمين ضرورة . قال (ولا يصحّ التعليق إلا أن يكون الحالف مالكا كقوله لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، أو يقول لعبده : إن كلمت زيدا فأنت حرّ ، أو يضيفه إلى ملك كقوله لأجنبية : إن تزوّجتك فأنت طالق ، أوكل امرأة أتزوّجها فهى طالق ، أوكل عبد أشتريه فهو حرّ) لأنه لابدّ أن يكون الجزاء ظاهرا ليكون مخوّفا ليتحقق معنى اليمين وهو القوّة على المنع أو الحمل ، ولا ظهور له إلا بأحد هذين . قال (وزوال الملك لايبطل اليمين) لأنه لم يوجد الشرط (فإن وجد الشرط فى ملك انحلت) اليمين (ووقع الطلاق) لأن الشرط وجد والمحلّ قابل للجزاء فينزل وينتهى اليمين لمامرّ (وإن وجد فى غير ملك انحلت) لوجود الشرط (ولم يقع شيء) لعدم قبول المحلّ ؛ وفى كلما لاتنحلّ اليمين بوجود الشرط حتى يقع الثلاث على ما بيناه (وإذا اختلفا فى وجود الشرط فالقول للزوج) لأنه منكر ومتمسك بالأصل وهو العدم (والبينة للمرأة) لأنها مدعية مثبتة .

---

(١) مسائل التعليق بالشرط .

وَما لايُعْلَمُ إلاَّ مِنْ جِهَتِها فالقَوْلُ قَوْلُها فى حقّ نَفْسِها ، كَقَوْلِهِ : إنْ حِضْتِ فأنْتِ طالِقٌ وَفُلانَةُ ، فَقالَتْ حِضْتُ طَلُقَتْ هِيَ خاصَّةً ، وَكَذا التَّعْلِيقُ بِمَحَبَّتِها ؛ وَلَوْ قالَ : إنْ كُنْتِ تُحِبِّينَ أنْ يُعَذِّبَكِ اللهُ بِنارِ جَهَنَّمَ فأنْتِ طالِقٌ وَعَبْدِى حُرٌّ ، فَقالَتْ أُحِبُّ طَلُقَتْ وَلَمْ يَعْتِقِ العَبْدُ ؛ وَلَوْ قالَ : إنْ وَلَدْتِ غُلاما فأنْتِ طالِقٌ واحِدَةً ، وَإنْ وَلَدْتِ جارِيَةً فَثِنْتَيْنِ فَوَلَدَتْهُما وَلا يُدْرَى أيُّهُما أوَّلا طَلُقَتْ واحِدَةً ، وفى التَّنَزُّهِ ثِنْتَيْنِ ؛ وَلَوْ قالَ لَها : إنْ جامَعْتُكِ فأنْتِ طالِقٌ ثَلاثا فأوْلَجَهُ وَلَبِثَ ساعَةً فَلا شَىْءَ عَلَيْهِ ، وَإنْ نَزَعَهُ ثُمَّ أوْلَجَهُ فَعَلَيْهِ مَهْرٌ ، وَلَوْ كانَ الطَّلاقُ رَجْعِيا تَحْصُلُ المُراجَعَةُ بالإيلاجِ الثَّانى .

قال (وما لايعلم إلا من جهتها فالقول قولها فى حقّ نفسها ، كقوله : إن حضت فأنت طالق وفلانة ، فقالت حضت طلقت هى خاصة) والقياس أن لاتطلق لأنه شرط كغيره من الشروط . وجه الاستحسان أنها أمينة فى ذلك ولا يعرف إلا من جهتها ، وقد اعتبر الشرع قولها فى ذلك فى العدة والوطء ، فكذا هذا إلا أنه فى حقّ ضرّتها شهادة وهى متهمة فلا يقبل قولها وحدها . قال (وكذا التعليق بمحبتها) وهو أن يقول : إن كنت تحبينى فأنت طالق وفلانة ، فقالت أحبك طلقت وحدها (ولو قال : إن كنت تحبين أن يعذّبك الله بنار جهنم فأنت طالق وعبدى حرّ ، فقالت أحبّ طلقت ولم يعتق العبد) لما ذكرنا ، ولا يتيقن كذبها لأنها قد تؤثر العذاب على صحبته لبغضها إياه ؛ ولو قال لها : إن كنت تحبينى بقلبك فأنت طالق ، فقالت أحبك وهى كاذبة طلقت . وقال محمد : لاتطلق لأن المحبة إذا علقت بالقلب يراد بها حقيقة الحبّ ولم يوجد . ولهما أن المحبة فعل القلب فيلغو ذكر القلب فصار كما إذا أطلق ، ولو أطلق تعلق بالإخبار عن المحبة كذا هذا . قال (ولو قال : إن ولدت غلاما ، فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت جارية فثنتين فولدتهما ولا يدرى أيهما أوّلا طلقت واحدة ، وفى التنزّه ثنتين) لأن الواحدة متيقنة وفى الثانية شك فلا يقع فى القضاء ، والأحوط أن يأخذ بوقوع الثنتين وانقضت العدّة بيقين ، لأن الطلاق وقع بالولد الأوّل وانقضت العدة بالثانى . قال (ولو قال لها : إن جامعتك فأنت طالق ثلاثا فأولجه ولبث ساعة فلا شىء عليه ، وإن نزعه ثم أولجه فعليه مهر ، ولو كان الطلاق رجعيا تحصل المراجعة بالإيلاج الثانى) وعن أبى يوسف : أنه يجب المهر باللبث فى الثلاث ويصير مراجعا به فى الواحدة لوجود الجماع بالدوام عليه ، إلا أنه لايجب الحدّ للاتحاد . ولهما أن الجماع إدخال الفرج ولا دوام للإدخال . أما إذا أخرج ثم أدخل

وَلَوْ قالَ لَهَا : أَنْتِ طالِقٌ إنْ شاءَ اللهُ ، أَوْ ما شاءَ اللهُ ، أَوْ ما لَمْ يَشإِ اللهُ ، أَوْ إلاَّ أنْ يَشاءَ اللهُ لايَقَعُ شَيْءٌ إنْ وَصَلَ ؛ وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ ثَلاثا إلاَّ وَاحِدَةً طَلُقَتْ ثِنْتَيْنِ ، وَلَوْ قالَ : إلاَّ ثِنْتَيْنِ طَلُقَتْ وَاحِدَةً ؛ وَلا يَصِحُّ اسْتِثْناءُ الكُلِّ مِنَ الكُلِّ ، فَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ ثَلاثا إلاَّ ثَلاثا وَقَعَ الثَّلاثُ

وَبَطَلَ الاسْتِثْناءُ ، وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ ثَلاثا ، وَثَلاثا إلاَّ أَرْبَعا وَقَعَ ثَلاثٌ ، فقد وجد الإدخال بعد الطلاق ، ولم يجب الحدّ لشبهة الاتحاد من حيث المجلس والمقصود ، وإذا لم يجب الحدّ لم يجب العقر ، لأن الوطء لايخلو عن أحدهما .

فصـــل

(ولو قال لها : أنت طالق إن شاء الله ، أو ما شاء الله ، أو ما لم يشأ الله ، أو إلا أن يشاء الله لايقع شيء إن وصل) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله متصلا به لاحنث عليه » ولأنه تعليق بشرط لايعلم وجوده فلا يقع بالشكّ ، إذ المعلق بالشرط عدم قبله ، وكذا إذا علقه بمشيئة من لاتعلم مشيئته من الخلق كالملائكة والشيطان والجنّ ؛ ويصحّ الاستثناء موصولا لامفصولا لما روينا ، ولأنه إذا سكت ثبت حكم الأوّل ، فيكون الاستثناء أو التعليق بعده رجوعا عنه فلا يقبل ، ولو سكت قدر ما تنفس أو عطس أو تجشأ أو كان بلسانه ثقل فطال تردّده ثم قال إن شاء الله صحّ الاستثناء ، وإن تنفس باختياره بطل ؛ ولو حرّك لسانه بالاستثناء صحّ عند الكرخى وإن لم يكن مسموعا . وقال الهندوانى : لايصحّ ما لم يكن مسموعا ؛ ولو قال أنت طالق فجرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد لايقع كما لو قال أنت طالقَ فجرى لسانه أو غير طالق ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا ، وثلاثا إن شاء الله ، أو ثلاثا وواحدة إن شاء الله بطل الاستثناء ، وقالا : هو صحيح ، وكذا لو قال لعبده : أنت حرّ وحرّ إن شاء الله ، لأن الكلام واحد وإنما يتمّ بآخره وأنه متصل . ولأبى حنيفة أنه استثناء منقطع لأن قوله وثلاثا أو واحدة أو حرّ لغو لافائدة فيه فكان قاطعا ؛ ولو قال : أنت طالق واحدة وثلاثا إن شاء الله صحّ بالإجماع ، وكذلك أنت طالق وطالق وطالق إن شاء الله لأنه لم يتخلل بينهما كلام لغو (ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة طلقت ثنتين ، ولو قال : إلا ثنتين طلقت واحدة) وأصله أن الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا لأنه بيان أنه أراد بما تكلم ما وراء المستثنى (ولا يصحّ استثناء الكلّ من الكلّ) ، فلو قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا وقع الثلاث وبطل الاستثناء ، ولو قال : أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا وقع ثلاث ؛

وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ ثَلاثا إلاَّ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً بَطَلَ الاسْتِثْناءُ ؛ وَلَوْ قالَ : أَنْتِ طالِقٌ عَشْرَةً إلاَّ تِسْعَةً وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ قالَ إلاَّ ثَمانِيَةً فَثِنْتانِ .

وَمَنْ أَبانَ امْرأَتَهُ فى مَرَضِهِ ثُمَّ ماتَ وَرِثَتْهُ إنْ كانَتْ فى العِدَّةِ ، وَإنِ انْقَضَتْ عِدَّتُها لَمْ تَرِثْ .

عند أبى حنيفة ، وعلى قياس قولهما تقع واحدة (١) بناء على ما تقدم (ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء) لأنه استثنى الكلّ (ولو قال : أنت طالق عشرة إلا تسعة وقعت واحدة ، ولو قال : إلا ثمانية فثنتان) وأصله أنه إذا أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى والكلام كله صحيح فالاستثناء عامل فى جملة الكلام ولا يكون مستثنيا من جملة الثلاث التى يصحّ وقوعها فيقع الاستثناء من جملة الكلام ويقع ما بقى إن كان ثلاثا أو أقلّ ، لأن الاستثناء يتبع اللفظ ولا يتبع الحكم . والجملة المتلفظ بها جملة واحدة فيدخل الاستثناء عليها فيسقط ما تضمنه الاستثناء ، وتقع بقية الجملة إن كان مما يصحّ وقوعه ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة وقعت واحدة لأنه يجعل كل استثناء مما يليه ، فاذا استثنيت الواحدة من الثلاثة بقيت ثنتان ، وإذا استثنيتهما من الثلاث بقيت واحدة ، كأنه قال : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين ، فان قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة تقع واحدة لأنه استثنى الواحدة من الثنتين فتبقى واحدة فيستثنيها من الثلاث يبقى ثنتان يستثنيهما من الثلاث تبقى واحدة ، وكذا لو قال : عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة تقع ثنتان لأنه استثنى السبعة من الثمانية تبقى واحدة ، ثم استثنى الواحدة من التسعة تبقى ثمانية ، ثم استثنى الثمانية من العشرة تبقى ثنتان ، وعلى هذا جميع هذا النوع ، وتقريبه أن تعقد العدد الأوّل بيمينك والثانى بيسارك والثالث بيمينك والرابع بيسارك ، ثم أسقط ما اجتمع فى يسارك مما اجتمع بيمينك فما بقى فهو الموقع .

فصل

(ومن أبان امرأته فى مرضه ثم مات ورثته إن كانت فى العدة ، وإن انقضت عدتها لم ترث)

---

(١) قوله تقع واحدة ، الظاهر أن صوابه يقع ثنتان لاواحدة ، قال فى ردّ المحتار وفى الفتح عن المنتقى : أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا فهى ثلاث عنده لأنه يصير قوله وثلاثا فاصلا لغوا ، وعندهما يقع ثنتان كأنه قال ستا إلا أربعا اه مصححه .

وَإِنْ أَبَانَهَا بِأَمْرِهَا ، أَوْ جَاءَتِ الفُرْقَةُ مِنْ جِهَتِهَا فِى مَرَضِهِ لَمْ تَرِثْ كَالمُخَيَّرَةِ وَالمُخَيَّرَةِ بِسَبَبِ الجَبِّ وَالعُنَّةِ وَالبُلُوغِ وَالعِتْقِ ، وَلَوْ فَعَلَتْ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الخِيَارَاتِ وَهِىَ مَرِيضَةٌ وَرِثَهَا إِذَا مَاتَتْ وَهِىَ فِى العِدَّةِ ، وَمَرَضُ المَوْتِ هُوَ المَرَضُ الَّذِى أَضْنَاهُ وَأَعْجَزَهُ عَنِ القِيَامِ بِحَوَائِجِهِ ، فَأَمَّا مَنْ يَجِىءُ وَيَذْهَبُ بِحَوَائِجِهِ وَيُحَمُّ فَلَا ؛ وَلَوْ عَلَّقَ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ بِفِعْلِهِ وَفَعَلَهُ فِى المَرَضِ وَرِثَتْ ، وَإِنْ عَلَّقَهُ بِفِعْلِ أَجْنَبِىٍّ أَوْ بِمَجِىءِ الوَقْتِ فِى المَرَضِ مِثْلُ قَوْلِهِ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ

وأصله أن الزوجية فى مرض الموت سبب يفضى إلى الإرث غالبا ، فابطاله يكون ضررا بصاحبه ، فوجب ردّه دفعا لهذا الضرر فى حقّ الإرث ما دامت فى العدّة كما فى الطلاق الرجعى وتعذّر إبقاء الزوجية بعد انقضاء العدة لأنه لم يبق له أثر ولا حكم . قال (وإن أبانها بأمرها ، أو جاءت الفرقة من جهتها فى مرضه لم ترث كالمخيرة ، والمخيرة بسبب الجبّ والعنة والبلوغ والعتق) لأنا إنما اعتبرنا قيام الزوجية مع المبطل نظرا لها ، فاذا رضيت بالمبطل لم تبق مستحقة للنظر فعمل المبطل وهو الطلاق عمله (ولو فعلت ما ذكرنا من الخيارات وهى مريضة ورثها إذا ماتت وهى فى العدة) لأنها ممنوعة من إبطال حقه فبقينا النكاح فى حقّ الإرث دفعا للضرر عنه إلا فى الجبّ والعنة فانه لايرثها لأنه طلاق وهو مضاف إلى الزوج (ومرض الموت هو المرض الذى أضناه وأعجزه عن القيام بحوائجه ، فأما من يجىء ويذهب بحوائجه ويحم فلا) وقيل إن أمكنه القيام بحوائجه فى البيت وعجز عنها خارج البيت فهو مريض . وعن أبى حنيفة إذا كان مضنى لايقوم إلا بشدّة وتتعذّر عليه الصلاة جالسا فهو مريض ، والمحصور والواقف فى صفّ القتال والمحبوس للرجم والقصاص وراكب السفينة والنازل فى مسبعة يخاف الهلاك كالصحيح لأن الغالب فيه السلامة ، ومن قدم للقصاص والرجم أو بارز رجلا أو انكسرت السفينة وبقى على لوح أو وقع فى فم سبع كالمريض ، وكذلك المرأة إذا ضربها الطلق . أما المقعد والمفلوج ومن فى معناه كالصحيح ؛ وإذا كان أحد الزوجين ممن لايرث الآخر كالعبد والمكاتب مع الحرّة ، والحرّة الكتابية مع المسلم ، فطلقها ثلاثا فى مرضه ثم صار فى حال يتوارثان لو لم يقع الطلاق لاترثه ، لأنه لم يتعلق حقها بماله حالة الطلاق فلم يكن فارّا فلا يتهم (ولو علق طلاق امرأته بفعله وفعله فى المرض ورثت) سواء كان التعليق فى الصحة أو المرض لأنه قصد إضرارها حيث باشر شرط الحنث فى المرض ، وسواء كان له بدّ من الفعل أو لم يكن ، أما إذا كان فظاهر ، وأما إذا لم يكن فلأن له بدّا من التعليق فكان مضافا إليه (وإن علقه بفعل أجنبى أو بمجىء الوقت فى المرض مثل قوله : إذا جاء رأس الشهر

فأَنْتِ طالِقٌ ، أَوْ إِنْ دَخَلَ فُلانٌ الدَّارَ أَوْ صَلَّى الظُّهْرَ فأَنْتِ طالِقٌ ، فانْ كانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فى المَرَضِ وَرِثَتْ ، وَإِنْ كانَ التَّعْلِيقُ فى الصِّحَّةِ وَالشَّرْطُ فى المَرَضِ لَمْ تَرِثْ (ز) ، وَإِنْ عَلَّقَهُ بِفِعْلِها وَلَهَا مِنْهُ بُدٌّ لَمْ تَرِثْ عَلَى كُلِّ حالٍ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِنْهُ بُدٌّ كالصَّلاةِ وَكَلامِ الأَقارِبِ وأَكْلِ الطَّعامِ وَاسْتِيفاءِ الدَّيْنِ وَرِثَتْ (م) .

فأنت طالق ، أوإن دخل فلان الدار أو صلى الظهر فأنت طالق ، فان كان التعليق والشرط فى المرض ورثت) لأنه قصد إضرارها بمباشرة التعليق فى المرض حال تعلق حقها بماله (وإن كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لم ترث) خلافا لزفر ، لأن المعلق بالشرط ينزل عند الشرط فصار كالمنجز فى المرض . ولنا أنه إنما يصير تطليقا عند الشرط حكما لاقصدا ولا ظلم إلا عند القصد (وإن علقه بفعلها ولها منه بدّ لم ترث على كلّ حال) لأنها راضية (وإن لم يكن لها منه بدّ كالصلاة وكلام الأقارب وأكل الطعام واستيفاء الدين ورثت) وقال محمد : إذا كان التعليق فى الصحة لاترث لأنه لاصنع له فى إبطال الشرط فلم يقصد إبطال حقها . ولهما أنها مضطرة إلى المباشرة فى هذه الأشياء لما يتعلق بتركها من العقاب فى الآخرة والضرر فى الدنيا والزوج هو الذى ألجأها إلى المباشرة فينتقل فعلها إليه وتصير كالآلة له كما قلنا فى الإكراه ، وإنما يكون مرض الموت إذا مات منه ، أما لو برأ ثم مات انقطع حكم المرض الأوّل .

فصل فى طلاق المجهولة

أصله أن إضافة الطلاق إلى مجهولة ليس إلا تعليق الطلاق فى المعينة بالبيان لأنه لايقع على مجهولة وإنما يقع على المعينة ، وإنما ينزل بالبيان مقصورا عليه فكان للبيان حكم الإنشاء فى حقّ المعينة ، والإنشاء لايملك إلا بملك المحلّ ، فلو قال لامرأتيه إحداكما طالق طلقت واحدة منهما بغير عينها إذا لم يكن له نية فى معينة منهما لقوله عليه الصلاة والسلام « كلّ طلاق جائز » الحديث ، ولأن الجهالة مع الخطأ أجريا مجرى واحد ، ألا ترى أنهما يمنعان البيع ، ثم الطلاق يقع مع الحظر فكذا مع الجهالة ، ولأن البيع مع ضعفه يصحّ مع هذا الضرب من الجهالة حتى جاز بيع قفيز من صبرة فلأن يصحّ الطلاق معه أولى ، وللنساء أن يخاصمنه ويستعدين عليه إلى القاضى حتى يبين إذا كان الطلاق ثلاثا أو بائنا ، لأن لكل واحدة منهنّ حقا فى استيفاء منافع النكاح وأحكامه ، أو التوصل إلى التزوّج بزوج آخر ، وكان على الزوج البيان والقول قوله لأنه المجمل كمن أقرّ بشىء غير معين ، ويجبره القاضى أن يوقع الطلاق على معينة لتحصل الفائدة ، وعليها العدة من حين بين لما تقدّم ،

. . . .

فان لم يبين حتى ماتت إحداهما طلقت الباقية ، لأنه لم يبق من يستحق الطلاق غيرها ؛ وإن قال أردت الميتة لم يرثها وطلقت الباقية ، فيصدق فى الميتة على نفسه فى إسقاط إرثه ، ولا يصدق على الباقية فى صرف الطلاق عنها ، فان ماتتا واحدة بعد الأخرى فقال أردت الأولى لم يرث منهما لأنه سقط من الثانية بطريق الحكم ومن الأولى باعترافه ، ولو ماتتا معا ورث من كل واحدة منهما نصف ميراث ، فان قال أردت إحداهما سقط حقه من ميراثها ويرث من الأخرى نصف ميراثها لأنه لايصدق فى زيادة الاستحقاق ؛ ولو جامع إحداهما تعينت الأخرى للطلاق ، لأن الجماع دليل على تعيين الأخرى للطلاق لاستحالة أن يطأ المطلقة ، وكذلك لو قبلها أو حلف بطلاقها أو ظاهر منها ، لأن هذه الأحكام من خواص الزوجية فصارت كالجماع ؛ ولو طلق إحداهما بعينها وعنى به البيان صدق ، وإن لم ينو به البيان تعينت الأخرى للطلاق الأول . وعن محمد : لو كان الطلاق واحدة رجعية لم يكن وطء إحداهما بيانا للأخرى ؛ ولو مات الزوج قبل البيان فالميراث بينهما الربع أو الثمن ، لأن إحداهما زوجة قطعا وليست إحداهما أولى من الأخرى ؛ ولو طلق إحدى نسائه الأربع ثلاثا ثم اشتبهت وأنكرت كل واحدة أن تكون هى المطلقة لايقرب واحدة منهن لأنه حرمت عليه إحداهن ، ويجوز أن تكون كل واحدة . وقد قال أصحابنا : كل ما يباح عند الضرورة لايجوز التحرى فيه والفروج من هذا الباب ، ولهذا قالوا : إذا اختلطت الميتة بالمذبوحة إنه يتحرى لأن الميتة تباح عند الضرورة . وإن استعدين عليه إلى الحاكم فى النفقة والجماع أعدى عليه وحبسه حتى يبين التى طلق منهن ، ويلزمه نفقتهن لأن لكل واحدة منهن حق المطالبة بأحكام النكاح ، فكان على الحاكم إلزامه إيفاء للحق ، ويقضى عليه بنفقتهن لأنها تجب للمعتدة وللزوجة . وينبغى أن يطلق كل واحدة طلقة واحدة ، فاذا تزوجن بغيره جاز له التزوج بهن ، فان لم يتزوجن فالأفضل أن لايتزوج بواحدة ، ولو تزوج بالثلاث صح نكاحهن وتعينت الرابعة للطلاق ؛ وليس له أن يتزوج بالكل قبل أن يتزوجن بزوج آخر ، فان تزوجت واحدة منهن بزوج ودخل بها ثم تزوج الكل ذكر فى الجامع أنه يجوز نكاح الكل ، لأن الظاهر من حال المتزوجة إنما هى المطلقة ثلاثا حيث أقدمت على النكاح للتحليل ؛ ولو ادعت كل واحدة أنها المطلقة ثلاثا يحلف الزوج فان نكل وقع على كل واحدة الثلاث ، لأنه بالنكول صار باذلا أو مقرا بالثلاث ؛ وإن حلف لهن فالحكم كما قلنا قبل اليمين . وعن محمد : إذا حلف لإحدى المرأتين طلقت الأخرى ، وإن لم يحلف للأولى طلقت ، وإن تشاحا على اليمين حلف لهما بالله ما طلق واحدة منهما ، فان حلف فالأمر على ما كان ، وإن نكل طلقتا على ما بينا ، وإن وطىء

باب الرجعة

الطَّلاقُ الرَّجْعِيُّ لا يُحَرِّمُ الوَطْءَ ، وَلِلزَّوْجِ مُرَاجَعَتُهَا فى العِدَّةِ بِغَيْرِ رِضَاهَا وَتَثْبُتُ الرَّجْعَةُ بِقَوْلِهِ ، رَاجَعْتُكِ ، وَرَجَعْتُكِ ، وَرَدَدْتُكِ وأَمْسَكْتُكِ ، وَبِكُلِّ فِعْلٍ تَثْبُتُ بِهِ حُرْمَةُ المُصَاهَرَةِ مِنَ الجانِبَيْنِ ،

إحداهما فالتى لم يطأها مطلقة حملا لأمره على الصلاح أنه لم يطأها حراما .

باب الرجعة

وهى مصدر رجعه يرجعه رجعا ورجعة : إذا أعاده وردّه ، يقال : رجعت الأمر إلى أوائله : إذا رددته إلى ابتدائه . قال :

عسى الأيام أن يرجعـــن قوما كالذى كانوا

وفى الشرع ردّ الزوجة إلى زوجها وإعادتها إلى الحالة التى كانت عليها . قال (الطلاق الرجعى لايحرم الوطء) وهو أن يطلق الحرّة واحدة أو ثنتين بصريح الطلاق من غير عوض والدليل عليه قوله تعالى ـ وبعولتهن أحقّ بردهنّ ـ والبعل هنا الزوج ، ولا زوج إلا بقيام الزوجية ، وقيام الزوجية يوجب حلّ الوطء بالنصّ والإجماع ، ولأن الله تعالى أثبت للزوج حقّ الردّ من غير رضاها ، والإنسان إنما يملك ردّ المنكوحة إلى الحالة التى كانت عليها قبل الطلاق فلايكون النكاح زائدا ما دامت العدة باقية فيحلّ الوطء . قال (وللزوج مراجعتها فى العدّة بغير رضاها) لما تلونا ولا خلاف فيه ، ولأن قوله تعالى ـ فى ذلك ـ أى فى العدّة لأنها مذكورة قبله ، ولقوله تعالى ـ فأمسكوهنّ بمعروف ـ والمراد الرجعة لأنه ذكره بعد الطلاق ، ثم قال ـ أو فارقوهنّ بمعروف ـ ولقوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فليراجعها » . قال (وتثبت الرجعة بقوله : راجعتك ورجعتك ورددتك ، وأمسكتك) لأنه صريح فيه . قال (وبكل فعل تثبت به حرمة المصاهرة من الجانبين) لقوله تعالى ـ فأمسكوهنّ بمعروف ـ والإمساك بالفعل أقوى منه بالقول ، ولأن الرجعة استدامة النكاح واستبقاؤه وهذه الأفعال تدلّ على ذلك ، وليست الرجعة بابتداء نكاح على ما زعمه بعضهم ، لأنا أجمعنا على أنه يملكها من غير رضاها ولا يشترط فيها الإيجاب والقبول ، ولا يجب فيها مهر ولا عوض ، لأن العوض إنما يجب عوضا عن ملك البضع ، والبضع فى ملكه ، ولو كان نكاحا مبتدأ لوجب ، والخلوة ليست برجعة ، لأنه لم يوجد ما يدلّ على الرجعة لاقولا ولا فعلا ، ولا يصحّ تعليق الرجعة بالشرط لأنه استدراك فلا يصحّ بالتعليق كاسقاط الخيار ، ولو قال لها : أنت عندى كما كنت أو أنت امرأتى

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهِدَ عَلَى الرَّجْعَةِ ، فَانْ قَالَ لَهَا بَعْدَ العِدَّةِ : كُنْتُ رَاجَعْتُكِ فِى العِدَّةِ فَصَدَّقَتْهُ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ كَذَّبَتْهُ لَمْ تَصِحَّ وَلَا يَمِينَ عَلَيْهَا (سم) وَإِنْ قَالَ لَهَا : رَاجَعْتُكِ ، فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ : انْقَضَتْ عِدَّتِى فَلَا رَجْعَةَ (سم) وَإِذَا قَالَ زَوْجُ الأَمَةِ : رَاجَعْتُهَا فِى العِدَّةِ وَصَدَّقَهُ المَوْلَى (سم) ، وَكَذَّبَتْهُ الأَمَةُ أَوْ بِالعَكْسِ فَلَا رَجْعَةَ ،

ونوى الرجعة صحّ وإلا فلا ، ويستحبّ أن يعلمها بالرجعة لتتخلص من قيد العدّة ، وإن لم يعلمها جاز ؛ وليس له أن يسافر بها حتّى يشهد على رجعتها لأنه لايجوز للمعتدّة الخروج من منزلها ، فاذا راجعها لم تبق معتدة فيجوز لها الخروج ، وإليه الإشارة بقوله تعالى ـ لاتخرجوهنّ من بيوتهنّ ـ . قال (ويستحبّ أن يشهد على الرجعة) لأن النصوص الدالة على الرجعة خالية عن قيد الشهادة ، ولما تقدّم أنها استدامة للنكاح ، والشهادة ليست بشرط حالة الاستدامة ، وإنما استحببناه تحرزا عن التجاحد ، وهو محمل قوله تعالى عقيب ذكر الرجعة والطلاق ـ وأشهدوا ذوى عدل منكم ـ وهكذا هو محمول فى الطلاق أيضا توفيقا بينه وبين النصوص الدالة على جواز الرجعة ووقوع الطلاق الخالية عن قيد الإشهاد (فان قال لها بعد العدة : كنت راجعتك فى العدّة فصدقته صحت الرجعة ، وإن كذبته لم تصحّ) لأنه متهم فى ذلك وقد كذبته فلا يثبت إلا ببينة ، فاذا صدقته ارتفعت التهمة (ولا يمين عليها) عند أبى حنيفة ، وهى مسألة الاستحلاف فى الأشياء الستة ، وقد سبقت فى الدعوى بتوفيق الله تعالى (وإن قال لها : راجعتك ، فقالت مجيبة له : انقضت عدتى فلا رجعة) وقالا : تصحّ الرجعة لأن الرجعة لاتتوقف على قبولها ، فلما قال راجعتك صحت الرجعة لأن الظاهر بقاء العدّة ، ولهذا لو قال طلقتك ، فقالت قد انقضت عدتى وقع الطلاق فصار كما إذا سكتت ساعة ثم قالت . ولأبى حنيفة أنها لما أخبرت بانقضاء عدتها فالظاهر تقدم انقطاع الدم على ذلك لأنها أخبرت بلفظ الماضى ، والظاهر أنها صادقة ، وأقرب أوقات الماضى وقت قوله ، ومسئلة الطلاق على الخلاف ، ولئن سلمت فنقول : الطلاق يقع بناء على إقراره ، ولو أقرّ بعد انقضاء العدّة حكم به ، بخلاف ما إذا سكتت ساعة لأنها تثبت الرجعة بسكوتها فلا يقبل قولها بعد ذلك . قال (وإذا قال زوج الأمة : راجعتها فى العدّة وصدقه المولى وكذبته الأمة أوبالعكس فلا رجعة) وقالا : إذا صدقه المولى صحت الرجعة لأنه أقرّ له بما هو خالص حقه فصار كما إذا أقرّ عليها بالنكاح . ولأبى حنيفة أن القول قولها فى العدّة والرجعة تنبنى عليها ؛ وأما إذا كذبه المولى وصدقته فعن أبى حنيفة روايتان ، والفرق على إحدى الروايتين أن العدّة منقضية فى الحال وصار ملك المتعة للمولى

وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ فِى الحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشَرَةِ أَيَّامٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ ، وَإِنِ انْقَطَعَ لِأَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعْ حَتَّى تَغْتَسِلَ أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ أَوْ تَتَيَمَّمَ وَتُصَلِّيَ (مز) ، وَفِى الكِتَابِيَّةِ تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ بِمُجَرَّدِ انْقِطَاعِ الدَّمِ ، فَإِنِ اغْتَسَلَتْ وَنَسِيَتْ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا ، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عُضْوٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ ، وَلَا تَحِلُّ لِلْأَزْوَاجِ ، وَإِنْ كَانَ عُضْوًا لَمْ تَنْقَطِعْ ؛ وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ وَقَالَ : لَمْ أُجَامِعْهَا فَلَهُ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ قَالَ ذَلِكَ بَعْدَ الخَلْوَةِ الصَّحِيحَةِ فَلَا رَجْعَةَ لَهُ ؛

فلا تملك إبطاله . قال (وإذا انقطع الدم فى الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل) لأنها خرجت من الحيضة الثالثة فقد انقضت العدّة (وإن انقطع لأقلّ من عشرة أيام لم تنقطع حتى تغتسل ، أو يمضى عليها وقت صلاة ، أو تيمم وتصلى) لاحتمال عود الدم فلا بدّ من دخولها فى حكم الطاهرات وذلك بالغسل أو بمضىّ وقت صلاة لأنها تصير مخاطبة بها ، وهو من أحكام الطاهرات ، وكذا إذا تيممت وصلت ، والقياس أن تنقطع بمجرّد التيمم ، وهو قول محمد وزفر ، لأن التيمم كالغسل عند عدم الماء . وجه الاستحسان أن التيمم إنما اعتبر طهارة ضرورة كيلا تتضاعف عليه الواجبات ، أما إنه مطهر فى نفسه فلا بل هو ملوّث ، وهذه الضرورة تتحقق إذا أرادت الصلاة لاقبل ذلك ولاكذلك الغسل، ولو تيممت وقرأت القرآن أو مست المصحف أو دخلت المسجد . قال الكرخى : انقطعت الرجعة لأنها من أحكام الطاهرات . وقال أبو بكر الرازى: لا لأنها ليست من أحكام الصلاة ولو اغتسلت بسؤر الحمار انقطعت ، ولا تحل للأزواج أخذا بالاحتياط (وفى الكتابية تنقطع الرجعة بمجرّد انقطاع الدم) لأنه لاغسل عليها فصارت كالمسلمة إذا اغتسلت (فان اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها ، فان كان أقلّ من عضو انقطعت الرجعة ولا تحلّ للأزواج) لأنه قليل يتسارع إليه الجفاف فلم نتيقن بعدم غسله، فقلنا بانقطاع الرجعة وعدم حلّ التزوّج أخذا بالاحتياط (وإن كان عضوا لم تنقطع) لأنه كثير لايتسارع إليه الجفاف فافترقا ، والمضمضة والاستنشاق كالعضو عند أبى يوسف لأن الحدث باق فى عضو . وعند محمد لا لوقوع الاختلاف فى فرضيتهما فينقطع حقّ الرجعة ، ولا تحلّ للأزواج احتياطا . قال (ومن طلق امرأته وهى حامل وقال لم أجامعها فله الرجعة) وكذا إذا ولدت منه لأن الحبل والولادة فى وقت يمكن حبله منه يجعل منه ، قال عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » وإذا كان منه كان واطئا ، والطلاق بعد الوطء يعقب الرجعة (وإن قال ذلك بعد الخلوة الصحيحة فلا رجعة له) لأن الرجعة إنما تثبت عقيب الطلاق فى ملك متأكد بالوطء ، وقد أقرّ بعدم الوطء فيثبت فيما له والرجعة حقه ، بخلاف المهر

وَإِذَا قال لَهَا : إِذَا وَلَدْتِ فأَنْتِ طالِقٌ فَوَلَدَتْ ثُمَّ وَلَدَتْ آخَرَ مِنْ بَطْنٍ أُخْرَى فَهِيَ رَجْعَةٌ ؛ وَالمُطَلَّقَةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ وَيُسْتَحَبُّ لِزَوْجِها أَنْ لايَدْخُلَ عَلَيْها حَتَّى يُؤْذِنَهَا ، وَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مُطَلَّقَتَهُ المُبَانَةَ بِدُونِ الثَّلاثِ فى العِدَّةِ وَبَعْدَهَا ، وَالمُبَانَةُ بالثَّلاثِ لاتَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكاحا صَحِيحا ، وَيَدْخُلُ بِها ثُمَّ تَبِينُ مِنْهُ ، وَلا تَحِلُّ لِلأَوَّلِ بِمِلْكِ اليَمِينِ وَلا بِوَطْءِ المَوْلى وَالشَّرْطُ هُوَ الإِيلاجُ دُونَ الإِنْزَالِ ،

لأن وجوبه بناء على تسليم المبدل لاعلى قبضه . قال (وإذا قال لها : إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم ولدت آخر من بطن أخرى فهى رجعة) لأن الطلاق وقع بالولد الأوّل ، والولد الآخر يكون من علوق آخر فى العدّة حملا لحالهما على الصلاح فيصير مراجعا بالوطء لأنها لم تقرّ بانقضاء عدّتها . قال (والمطلقة الرجعية تتشوّف وتتزين (١)) لقيام النكاح بينها وبين الزوج على ما بينا ، والرجعة مستحبة والزينة حاملة عليها فتجوز (ويستحبّ لزوجها أن لايدخل عليها حتى يؤذنها) إذا لم يكن قصده الرجعة لاحتمال أن يقع نظره عليها وهى متجرّدة فتحصل الرجعة ثم يطلقها فتطول عليها العدّة . قال (وله أن يتزوّج مطلقته المبانة بدون الثلاث فى العدّة وبعدها) لأن حلّ المحلية باق إذ زوالة بالثالثة ولم توجد ، وإنما لايجوز لغيره فى العدّة تحرزا عن اشتباه الأنساب وهو معدوم فى حقه (والمبانة بالثلاث لاتحلّ له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم تبين منه) لقوله تعالى - فان طلقها - يعنى الثالثة - فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - والنكاح المطلق فى الشرع ينصرف إلى الصحيح حتى لو دخل بها فى نكاح فاسد لاتحلّ للأوّل ، وقوله - حتى تنكح - يقتضى الدخول لما ذكرنا أن النكاح الشرعى هو الوطء ولقوله زوجا ونكاح الزوج لايكون إلا بالوطء ، ويدلّ عليه الحديث المشهور وهو ما روى فى الصحيح « أن عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك القرظى كانت تحت ابن عمها رفاعة بن وهب فطلقها ثلاثا فجاءت إلى النبيّ عليه الصلاة والسلام فقالت : يارسول الله إنى كنت تحت رفاعة فطلقنى فبتّ طلاق ، فتزوّجت عبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدبة الثوب ، فتبسم صلى الله عليه وسلم وقال : أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة ؟ قالت : نعم ، فقال : حتى يذوق عسيلتك وتذوق عسيلته » وسواء دخل بها فى حيض أو نفاس أو إحرام لحصول الدخول (ولا تحلّ للأوّل بملك اليمين ولا بوطء المولى) لأن الشرط نكاح زوج غيره ولم يوجد (والشرط هو الإيلاج دون الإنزال) لحصول نكاح زوج غيره ، والحديث ورد

---

(١) التشوّف خاصّ بالوجه ، والتزين عامّ بالبدن فهو من عطف العامّ على الخاصّ .

وأنْ يَكُونَ المُحَلِّلُ يُجامِعُ مِثْلُهُ ، فانْ تزَوَّجَها بِشَرْطِ التَّحْليلِ كرِهَ (س) وَحلَّتْ للأوَّلِ (سم) ، والزَّوْجُ الثَّانى يَهْدِمُ ما دُونَ الثَّلاثِ (مز) ، ولَوْ طَلَّقَها ثلاثا فقالَتْ : قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتى وتَحَلَّلْتُ وانْقَضَتْ عِدَّتى والمُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ وغَلَبَ عَلى ظَنِّهِ صِدْقُها جازَ لَهُ أنْ يَتَزَوَّجَها .

باب الإيلاء

على غالب الحال ، فان الغالب فى الجماع الإنزال أو نقول الكتاب عرى عن ذكر الإنزال فلا يزاد عليه . قال (و أن يكون المحلل يجامع مثله) سواء كان مراهقا أو بالغا لوجود الشرط وهو الإيلاج ، ولا يجوز صغير لايقدر على الإيلاج لعدم الوطء المراد من النكاح . قال (فان تزوّجها بشرط التحليل كره وحلت للأوّل) وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لأنه كالمؤقت ولا تحلّ للأوّل لفساده . وقال محمد : هو جائز لشروط الجواز ولا تحلّ للأوّل لأنه عجل ما أخره الشرع فيعاقب بالمنع كقتل المورث . ولأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له » ومراده النكاح بشرط التحليل فيكره للحديث وتحلّ للثانى لأنه عليه الصلاة والسلام سماه محللا وهو المثبت للحلّ ، أو نقول وجد الدخول فى نكاح صحيح ، لأن النكاح لايفسد بالشرط فتحلّ للأوّل ، ولوتزوّجها بقصد التحليل ولم يشرطه حلت للأوّل بالإجماع ، والطلقتان فى الأمة كالثلاث فى الحرّة لما مرّ . قال (والزوج الثانى يهدم مادون الثلاث) وصورته إذا طلق امرأته طلقة أو طلقتين وانقضت عدتّها وتزوّجت بزوج آخر ودخل بها ثم طلقها وانقضت عدتّها ثم تزوّجها الأوّل عادت إليه بثلاث طلقات ، وهدم الزوج الثانى الطلقة والطلقتين كما هدم الثلاث . وقال محمد وزفر : تعود إلى الأوّل بما بقى من الثلاث فى النكاح الأوّل ، لأن الزوج الثانى إنما يثبت الحلّ إذا انتهى ، والحلّ لم ينته لأنها تحلّ له بالعقد قبله فلا يكون مثبتا له . ولنا أنه وطء من زوج ثان فرفع الحكم المتعلق بالطلاق كما فى الثلاث . قال (ولو طلقها ثلاثا فقالت : قد انقضت عدتى وتحللت وانقضت عدتى والمدة تحتمله وغلب على ظنه صدقها جاز له أن يتزوّجها) لأنه إن كان أمرا دينيا فقول الواحد فيه مقبول كرواية الأخبار والإخبار عن القبلة وطهارة الماء ، وإن كان معاملة فقول الواحد مقبول فى المعاملات على ما عرف ، وتمامه يعرف فى باب العدّة إن شاء الله تعالى .

باب الإيلاء

وهو فى اللغة : مطلق اليمين ، قال :

قليل الألايا حافظ ليمينـــه   وإن بدرت منه الألية برّت

إِذَا قالَ : وَاللهِ لاأقْرَبُكِ ، أَوْ لاأقْرَبُكِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُولٍ ، وكذلِكَ لَوْ حلَفَ بِحَجٍ أَوْ صَوْمٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ طَلاقٍ ، فانْ قَرَبَها فى الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ حَنِثَ وَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ وَبَطَلَ الإيلاءُ ، وَإِنْ لَمْ يَقْرَبْها وَمَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ بانَتْ بِتَطْلِيقَةٍ ؛

وفى الشرع : اليمين على ترك وطء المنكوحة مدّة مخصوصة ، وقيل الحلف على ترك الوطء المكسب للطلاق عند مضيّ أربعة أشهر ، فالاسم الشرعى فيه معنى اللغة . وألفاظه صريح وكناية ، فالصريح لايحتاج إلى نية مثل قوله : لاأقربك ، لاأجامعك ، لاأطؤك ، لاأغتسل منك من جنابة ، لاأفتضك إن كانت بكرا . والكناية : لاأمسك ، لا آتيك ، لاأدخل بك ، لاأغشاك ، لايجمع رأسى ورأسك شىء ، لاأبيت معك على فراش ، لاأضاجعك ، لاأقرب فراشك ونحوه ، ولا بدّ فيه من النية . وقال محمد : إذا قال : والله لايمس جلدى جلدك لايكون موليا لأنه يقدر على جماعها بغير مماسة بأن يلفّ على ذكره حريرة ولأنه يحنث بغير الجماع ، والمولى من يقف حنثه على الجماع خاصة . والأصل أن المولى من لايمكنه قربان امرأته إلا بشىء يلزمه لأن حرمة الوطء إنما تنتهى بالحنث والحنث موجب للكفارة أو بشىء يلزمه ، ولا يكون الإيلاء إلا بالحلف على ترك الجماع فى الفرج لأن حقها فى الجماع فى الفرج فيتحقق الظلم . قال (إذا قال : والله لاأقربك ، أو لاأقربك أربعة أشهر فهو مول) والأصل فيه قوله تعالى ـ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ـ الآية ، فتكون مدّة الإيلاء أربعة أشهر من غير زيادة ولا نقصان ، إذ لو كانت المدّة أقلّ من ذلك أو أكثر لم يكن فى التنصيص على الأربعة فائدة . قال (وكذلك لو حلف بحجّ أو صوم أو صدقة أو عتق أو طلاق) مثل أن يقول : إن قربتك فلله علىّ الحجّ ، أو يقول : فلله علىّ صوم كذا ، أو يجعل الجزاء صدقة ، أو عتق عبد ، أو طلاقها أو طلاق غيرها ، لأن اليمين موجودة فى ذلك كله ، لأن اليمين بغير الله تعالى شرط وجزاء ، لأن المقصود منها الحمل أو المنع ، وهذه الأشياء توجب ذلك لما تتضمنه من المشقة ، ولأنه لايمكنه قربانها إلا بشىء يلزمه ، وإذا وجدت اليمين فقد وجدت الإيلاء فدخل تحت النصّ ولو قال : إن قربتك فعلىّ أن أصلى ركعتين أو أغزو لم يكن موليا . وقال محمد : هو مول لأنه يصحّ إيجابها بالنذر كالصوم والصدقة . ولهما أن الصلاة ليست فى حكم اليمين حتى لايحلف بها عادة فصار كصلاة الجنازة وسجدة التلاوة (فان قربها فى الأربعة الأشهر حنث) لوجود شرطه (وعليه الكفارة) لأن الحنث موجب للكفارة (وبطل الإيلاء) لما بينا أن اليمين تنحلّ بالحنث (وإن لم يقربها ومضت أربعة أشهر بانت بتطليقة) هذا مذهب عامة الصحابة وتفسير قوله تعالى ـ فان عزموا الطلاق ـ أى عزموا الطلاق بالإيلاء

فإنْ كانَتِ اليَمِينُ أرْبَعَةَ أشْهُرٍ فَقَدِ انْحَلَّتْ ، وَإنْ كانَتْ مُؤَبَّدَةً فانْ عادَ فَتزَوَّجَها عادَ الإيلاءُ عَلى الوَجْهِ الَّذِى بَيَّنَّا ، فانْ وَطِئَها فى الأَرْبَعَةِ الأَشْهُرِ مِنْ وَقْتِ التَّزَوُّجِ حَنِثَ وَإلاَّ وَقَعَتْ أُخْرَى ، فانْ عادَ فَتزَوَّجَها فَكَذَلِكَ ، فانْ تَزَوَّجَها بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ فَلا إيلاءَ ، فانْ وَطِئَ كَفَّرَ لِلْحِنْثِ ؛ وأقَلُّ مُدَّةِ الإيلاءِ فى الحُرَّةِ أرْبَعَةُ أشْهُرٍ ، وَمُدَّةُ إيلاءِ الأمَةِ شَهْرَانِ ؛ وَإنْ آلى مِنَ المُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ فَهُوَ مُولٍ ، وَمِنَ البائِنَةِ لا ،

السابق وهى قراءة ابن مسعود رضى الله عنه ، وعنه وعن ابن عباس رضى الله عنهم : عزم الطلاق انقضاء الأربعة الأشهر من غير فىء . وقراءة ابن مسعود رضى الله عنه ـ فان فاءوا فيهنّ ـ أى فى الأربعة الأشهر ، ولأنه تعالى قال ـ للذين يؤلون ـ ثم قال ـ فان فاءوا ، وإن عزموا الطلاق ـ وهذه الفاء للتقسيم ، فأحد القسمين يكون فى المدّة وهو الفىء ، والآخر بعدها وهو الطلاق كقوله تعالى ـ وإذا طلقتم النساء ـ ثم قال ـ فأمسكوهنّ بمعروف أو سرّحوهنّ ـ لما ذكر المدّة وجاء بالفاء كان للتقسيم ، وكان الإمساك وهو الرجعة فى المدّة والتسريح وهو البينونة بعدها فكذلك هنا . قال (فان كانت اليمين أربعة أشهر فقد انحلت) لانقضاء المدّة (وإن كانت مؤبدّة ، فان عاد فتزوّجها عاد الإيلاء على الوجه الذى بينا) لبقاء اليمين ، لأن اليمين لاتنتهى إلا بالحنث أو بمضىّ المدّة المؤقتة ، وإنما لم يقع طلاق آخر قبل التزوّج ، لأن الحرمة مضافة إلى البينونة لاإلى الإيلاء فلم يوجد المنع باليمين فاذا تزوّجها ارتفعت الحرمة الثابة بالبينونة وبقيت حرمة الإيلاء ، فوجد منع الحقّ فترتب عليه حكمه (فان وطئها فى الأربعة الأشهر من وقت التزوّج حنث وإلا وقعت أخرى) لما بينا (فان عاد فتزوّجها فكذلك) لما مرّ (فان تزوّجها بعد زوج آخر فلا إيلاء) معناه : أنه لايقع الطلاق بمضىّ المدة لانتهاء ما كان يملكه من الطلاق فى النكاح الأوّل وفيه خلاف زفر وقد تقدم ، إلا أن اليمين باقية لعدم الحنث (فان وطئ كفر للحنث) قال (وأقلّ مدّة الإيلاء فى الحرّة أربعة أشهر) فلو آلى أقلّ من أربع أشهر لايكون موليا ، لقول ابن عباس رضى الله عنهما : لاإيلاء فيما دون أربعة أشهر ، ولما مرّ (ومدة إيلاء الأمة شهران) لما عرف أن الرقّ منصف ، وأنها مدة ضربت للبينونة فتتنصف كالعدّة ، والآية تناولت الحرائر دون الإماء ، لأن اسم النساء والزوجات عند الإطلاق ينصرف إلى الحرائر دون الإماء لأن معنى الأزواج فى الإماء ناقص ، لأن للمولى أن يستخدمها ولا يبوّئها بيت الزوج ، والاسم عند الإطلاق ينصرف إلى الكامل ، فان أعتقت فى مدّة الإيلاء تصير أر بعة أشهر كما فى العدّة . قال (وإن آلى من المطلقة الرجعية فهو مول ، ومن البائنة لا) لقيام الزوجية

وَإِنْ قالَ : لاأقرَبُكِ شَهْرَيْنِ بَعْدَ شَهْرَيْنِ فَهُوَ مُولٍ ؛ وَلَوْ قالَ : لاأقرَبُكِ سَنَةً إلاَّ يَوْماً فَلَيْسَ بِمُولٍ (ز) ،

وحلّ الوطء فى الأولى على ما بينا دون الثانية ، فكانت الأولى من نسائهم دون الثانية ؛ ولو حلف لايقرب زوجته وأمته ، أو زوجته وأجنبية لايصير موليا مالم يقرب الأجنبية أو أمته ، فاذا قربها صار موليا ، لأنه لايمكنه قربانها بعد ذلك إلا بالكفارة ؛ ولو قال لهما : لاأقرب إحداكما لايكون موليا كما إذا قال لزوجته وأمته : إحداكما طالق ، فان قرب إحداهما لزمته الكفارة للحنث ؛ ولو قال لهما : لاأقرب واحدة منكما كان موليا من امرأته ، لأن النكرة فى النفى تعمّ ، ولو قرب واحدة منهما حنث ؛ ولو قال : أنت علىّ مثل امرأة فلان ، وقد كان فلان آلى من امرأته ، فان نوى الإيلاء كان موليا وإلا فلا ؛ ولو قال : أنت علىّ كالميتة ونوى اليمين يكون موليا لأنه بمنزلة الكناية ؛ ولو آلى من امرأته ثم قال لأخرى : أشركتك فى إيلاء هذه لايصير موليا ، بخلاف الطلاق والظهار ، لأنه لو اشتركا فى الإيلاء يتغير حكم الإيلاء وهو لزوم الكفارة بقربان الأولى وحدها ، وإذا صحّ الاشتراك لاتجب الكفارة ما لم يقربهما ، ولا يمكن تغيير اليمين بعد انعقادها ، ولا كذلك الطلاق والظهار . وعن الكرخى : لو قال لامرأته : أنت علىّ حرام ، ثم قال لأخرى : أشركتك معها كان موليا منهما ، لأن إثبات الشركة هنا لايغير موجب اليمين وهو إثبات الحرمة ، فانه لو قال : أنتما علىّ حرام كان موليا من كلّ واحدة منهما على حدة ، ويلزمه بوطء كلّ واحدة كفارة ، بخلاف قوله : والله لاأقربكما لأنه إيلاء لما يلزمه من هتك حرمة الاسم وذلك لايتحقق إلا بقربانهما ؛ وإذا آلى العبد من امرأته فلكته لايبقى الإيلاء ، فلو باعته أو أعتقته ثم تزوّجها عاد الإيلاء كما إذا حلف بعتق عبده إن وطئها فباعه ثم استردّه عاد الإيلاء ؛ ولو قال : إن قربتك فكلّ مملوك أملكه فى المستقبل حرّ فهو مول . وقال أبو يوسف : لايكون موليا لأنه يمكنه قربانها من غير شىء يلزمه بأن يقربها ولا يتملك مملوكا أصلا . ولهما أنه لايقدر على الامتناع عن جميع أسباب التمليكات كالإرث ، إذ فى الامتناع عن الجميع مشقة ومضرّة ، وعلى هذا لو قال : فكل امرأة أتزوّجها فهى طالق ، وعلى هذا إذا علق وطأها بعتق عبد بعينه ، لأبى يوسف أنه يقدر على وطئها بغير شىء يلزمه بأن يبيعه ثم يطأها . ولهما أنه لايوصل إلى ذلك إلا بالحنث غالبا أو بالبيع وأنه مشقة أيضا (وإن قال : لاأقربك شهرين بعد شهرين فهو مول) لأن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ؛ ولو سكت ساعة ثم قال : وشهرين بعد الشهرين الأوّلين لايكون موليا ، لأن ابتداء اليمين الثانية حين حلف فقد تخلل بين الأربعة الأشهر وقت ليس موليا فيه فلم توجد مدة الإيلاء . قال (ولو قال : لاأقربك سنة إلا يوما فليس بمول)

وَإِذَا كانَ أَحَدُ الزوْجَيْنِ مَرِيضًا لايَقْدِرُ عَلى الجِماعِ ، أَوْ هُوَ مَجْبُوبٌ ، أَوْ هِيَ رَتْقاءُ أَوْ صَغِيرَةٌ ، أَوْ بَيْنَهُما مَسِيرَةُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ مَحْبُوسا لايَقْدِرُ عليها ، فَقالَ فى مُدَّةِ الإيلاءِ : فِئْتُ إِلَيْها سَقَطَ الإيلاءُ إِنِ اسْتَمَرَّ العُذْرُ مِنْ وَقْتِ الحَلِفِ إلى آخرِ المدَّةِ ، فاذَا قَدَرَ عَلى الجِماعِ بَعْدَ ذلكَ فى المُدَّةِ لَزِمَهُ الفَيْءُ بالجِماعِ ؛

خلافا لزفر ، وهو يصرف اليوم إلى آخر السنة كالإجارة فصار كما إذا تلفظ به . ولنا أنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه وذلك فى اليوم المستثنى وهو يوم منكر له أن يجعله أىّ يوم شاء ، فان قربها وقد بقى من السنة أربعة أشهر صار موليا لسقوط الاستثناء بخلاف الإجارة لأنه يصرف إلى آخر السنة تصحيحا لها لأنها لاتصحّ مع التنكير .

فصـــل

(وإذا كان أحد الزوجين مريضا لايقدر على الجماع ، أو هو مجبوب ، أو هى رتقاء ، أو صغيرة ، أو بينهما مسيرة أربعة أشهر ، أو محبوسا لايقدر عليها ، فقال فى مدّة الإيلاء : فئت إليها سقط الإيلاء إن استمرّ العذر من وقت الحلف إلى آخر المدّة) روى ذلك عن ابن مسعود رضى الله عنه .

اعلم أن الفىء عبارة عن الرجوع ، يقال : فاءَ الظلّ : إذا رجع ، ولما قصد المولى باليمين منع حقها من الوطء سمى الرجوع عنه فيئا ، قال تعالى ـ فان فاءوا ـ أى رجعوا عن قصدهم ، والفىء نوعان بالجماع والقول عند عدمه ؛ فالفىء بالجماع يبطل الإيلاء فى حقّ الطلاق والحنث جميعا ، والفىء باللسان بدل عن الفىء بالجماع فى إبطال الطلاق دون الحنث حتى لو قربها بعد ذلك لزمته الكفارة ؛ والبدل إنما يعتبر حالة العجز عن الأصل فيعتبر لعجز عن الجماع مستداما من وقت الإيلاج إلى تمام المدّة ، حتى لوقدر على الجماع فى بعض المدّة ففيؤه الجماع لاغير ، لأنه لما قدر عليه ولم يفعله فالتقصير جاء من قبله فلا يعتبر عاجزا ، روى ذلك عن علىّ وابن عباس وابن مسعود وجماعة من التابعين رضى الله عنهم . وصفة الفىء أن يقول : فئت إليك أو رجعت إليك . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يقول : اشهدوا أنى قد فئت إلى امرأتى وأبطلت إيلاءها ، وهذه الشهادة احتياطا احترازا عن التجاحد لاشرطا ، وهذا لأنه أوحشها بالكلام بذكر المنع فيرضيها بالرجوع عنه حقيقة بالوطء ، فاذا لم يقدر عليه يرضيها بغاية ما يقدر عليه وهو الوعد باللسان فيرتفع الظلم (فاذا قدر على الجماع بعد ذلك فى المدّة لزمه الفىء بالجماع) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالحلف ؛ ولو آلى من امرأته وبينهما أقلّ من أربعة أشهر إلا أنه يمنعه

وَإِنْ قالَ لامْرأتِهِ : أنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ ، فانْ أرَادَ الكَذِبَ صُدِّقَ ، وَإِنْ أرَادَ الطَّلاقَ فَوَاحِدَةٌ بائِنَةٌ ، وَإِنْ نَوَى الثَّلاثَ فَثَلاثٌ ، وَإِنْ أرَادَ الظِّهارَ فَظِهارٌ(م) وَإِنْ أرَادَ التَّحْرِيمَ أوْ لَمْ يُرِدْ شَيْئا فَهُوَ إيلاءٌ .

باب الخلع

وَهُوَ أنْ تَفْتَدِىَ المَرأةُ نَفْسَهَا بِمَالٍ لِيَخْلَعَها بهِ ، فاذَا فَعَلا لَزِمَها المَالُ وَوَقَعَتْ تَطْلِيقَةٌ بائِنَةٌ ،

السلطان أو العدوّ أو كان أحدهما محرما واستمرّ الإحرام أربعة أشهر لايصحّ فيوْه إلا بالجماع لأنه قادر عليه . وقال زفر : فى الإحرام فيوْه القول ، لأن المنع من جهة الشرع وهو الحرمة فكان عذرا . قلنا الحرمة حقّ الشرع ، والوطء حقها ، وحقّ العبد مقدّم على حقّ الشرع بأمره . قال (وإن قال لامرأته : أنت علىّ حرام فان أراد الكذب صدق) لأنه حقيقة كلامه ، وقيل لايصدق لأنه يمين ظاهرا (وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة) لأنه من الكنايات (وإن نوى الثلاث فثلاث) وقد مرّ (وإن أراد الظهار فظهار) لأن فى الظهار نوع حرمة وقد نواه بالمطلق فيصدق لأنه من باب المجاز . وقال محمد : لايكون ظهارا لعدم التشبيه بالمحرّمة (وإن أراد التحريم أو لم يرد شيئا فهو إيلاء) لأن تحريم الحلال يمين هذا هو الأصل وموضعه كتاب الأيمان ، والمتأخرون من أصحابنا صرفوا لفظة التحريم إلى الطلاق حتى قالوا يقع بغير نية ، وألحقوه بالصريح لكثرة الاستعمال فيه والعرف .

باب الخلع

وهو فى اللغة : القلع والإزالة ، قال تعالى ـ فاخلع نعليك ـ ومنه خلع القميص إذا أزاله عنه ، وخلع الخلافة : إذا تركها وأزال عنه كلفها وأحكامها . وفى الشرع : إزالة الزوجية بما تعطيه من المال ، وهو فى إزالة الزوجية بضمّ الخاء ، وإزالة غيرها بفتحها ، كما اختصّ إزالة قيد النكاح بالطلاق وفى غيره بالإطلاق . قال (وهو أن تفتدى المرأة نفسها بمال ليخلعها به ، فاذا فعلا لزمها المال ووقعت تطليقة بائنة) والأصل فى جوازه قوله تعالى ـ فان خفتم أن لايقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ وإنما تقع تطليقة بائنة لقوله عليه الصلاة والسلام « الخلع تطليقة بائنة » ولأنه كناية فيقع به بائنا لما مرّ ولا يحتاج إلى نية ، إما لدلالة الحال ، أو لأنها ما رضيت ببذل المال إلا لتملك نفسها وتخرج من نكاحه ، وذلك بالبينونة وهو مذهب عمر وعثمان وعلىّ وابن مسعود رضى الله عنهم ؛ والخلع من جانبه تعليق الطلاق بقبولها فلا يصحّ رجوعه عنها ، ولا يبطل بقيامه من المجلس

وَيُكْرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا شَيْئًا إِنْ كَانَ هُوَ النَّاشِزَ ، وَإِنْ كَانَتْ هِيَ النَّاشِزَةَ كُرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا ، وَإِنْ أَخَذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا حَلَّ لَهُ ؛ وَكَذَلِكَ إِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ فَقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ بَائِنًا وَيَلْزَمُهَا المَالُ بِالْتِزَامِهَا ، وَمَا صَلَحَ مَهْرًا صَلَحَ بَدَلًا فِي الخُلْعِ ، فَإِذَا بَطَلَ البَدَلُ فِي الخُلْعِ كَانَ بَائِنًا وَفِي الطَّلَاقِ يَكُونُ رَجْعِيًّا ؛

ويصحّ مع غيبتها ، فاذا بلغها كان لها خيار القبول فى مجلس علمها ، ويجوز تعليقه بالشرط والإضافة إلى الوقت كقوله : إذا قدم فلان أو إذا جاء فلان فقد خالعتك على ألف يصحّ ، والقبول إليها إذا قدم فلان أو جاء غد ، والخلع من جانبها تمليك بعوض كالبيع فيصحّ رجوعها قبل قبوله ويبطل بقيامها من المجلس ، ولا يتوقف حال غيبته ، ولا يجوز التعليق منها بشرط ولا الإضافة إلى وقت ؛ ولو خالعها بألف على أنه بالخيار ثلاثة أيام فالخيار باطل ، وإن قال على أنها بالخيار فكذلك عندهما لأن الخلع طلاق ويمين ولا خيار فيهما . وعند أبى حنيفة الخيار لها صحيح ، فان ردّته فى الثلاث بطل الخلع ، لأن الخلع طلاق من جانبه تمليك من جانبها فيجوز الخيار لها دونه . قال (ويكره أن يأخذ منها شيئا إن كان هو الناشز) قال تعالى ـ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهنّ قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ـ فحملناه على الكراهية عملا بالنصّ الأوّل ، وقيل هى نهى تبيخ لاتحريم (وإن كانت هى الناشزة كره له أن يأخذ أكثر مما أعطاها) لما روى « أن جميلة بنت عبد الله بن أبىّ ابن سلول ، وقيل حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله لاأنا ولا هو ، فأرسل رسول الله إلى ثابت ، فقال : قد أعطيتها حديقة ، فقال لها : أتردّين عليه حديقته وتملكين أمرك ؟ فقالت نعم وزيادة ، قال : أما الزيادة فلا ، فقال عليه الصلاة والسلام : يا ثابت خذ منها ما أعطيتها ولا تزدد وخلّ سبيلها ، ففعل وأخذ الحديقة ، فنزل قوله تعالى ـ ولا يحلّ لكم أن تأخذوا مما آتيتموهنّ شيئا ـ إلى قوله ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ » (وإن أخذ منها أكثر مما أعطاها حلّ له) بمطلق الآية . قال (وكذلك إن طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق بائنا) لما قلنا (ويلزمها المال بالتزامها) ولأنه ما رضى بالطلاق إلا ليسلم له المال المسمى ، وقد ورد الشرع به فيلزمها . قال (وما صلح مهرا صلح بدلا فى الخلع) لأن البضع حال الدخول متقوّم دون حال الخروج ، فاذا صلح بدلا للمتقوّم فلأن يصلح لغير المتقوّم أولى . قال (فاذا بطل البدل فى الخلع كان بائنا ، وفى الطلاق يكون رجعيا) وذلك مثل أن يخالعها على خمر أو خنزير أو ميتة ونحوه ؛ أما وقوع الطلاق فلأنه علقه بقبولها وقد وجد ؛ وأما البينونة فى الخلع فلأنه كناية ، والرجعىّ فى الطلاق

وَإِنْ قالَتْ : خالِعْنِي عَلَى ما فِي يَدِي وَلَيْسَ فِي يَدِها شَيْءٌ فَلا شَيْءَ عَلَيْها ؛ وَلَوْ قالَتْ : عَلَى ما فِي يَدِي مِنْ مالٍ ، أَوْ عَلَى ما فِي بَيْتِي مِنْ مَتاعٍ وَلا شَيْءَ فِي يَدِها وَلا مَتاعَ فِي بَيْتِها رَدَّتْ عَلَيْهِ مَهْرَها ؛ وَلَوْ خَلَعَ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ عَلَى مالِها لايَلْزَمُها شَيْءٌ ، وَفِي الكَبِيرَةِ يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِها ، وَلَوْ ضَمِنَ المالَ لَزِمَهُ فِي المَسْأَلَتَيْنِ ؛

لأنه صريح ولا يجب للزوج عليها شيء ، لأن البضع لاقيمة له عند الخروج وهي ما سمت له مالا فيغترّ به ، ولأنه لاسبيل إلى المسمى للإسلام ولا إلى غيره لعدم الالتزام ، بخلاف النكاح ، لأن البضع متقوّم حالة الدخول ، ومهر المثل كالمسمى شرعا ، وبخلاف ما إذا خالعها على هذا الدنّ من الخلّ فاذا هو خمر لأنها سمت له مالا فاغترّ به ، وبخلاف العتق والكتابة على خمر حيث تجب قيمة العبد لأنه ملك متقوّم وما رضي بخروجه بغير عوض ، ولا كذلك البضع حالة الخروج على ما بينا ؛ ولو خلعها على عبد فاذا هو حرّ رجع بالمهر . وعند أبي يوسف بقيمته لو كان عبدا ؛ ولو خلعها على ثوب ولم يسمّ جنسه ، أو على دابة فله المهر ، وفي العبد الوسط كما في المهر ، وكذا على ثوب هروى فطلع مرويا يرجع بهروى وسط ، ولو خلعها على دراهم معينة فاذا هي ستوقة رجع بالجياد ، ولا يردّ بدل الخلع إلا بعيب فاحش كما في المهر ؛ ولو خلعها بغير مال وقال لم أنو الطلاق صدق لأنه كناية ، ولا يصدّق إذا كان على مال ، لأن البدل لايجب إلا بالبينونة (وإن قالت : خالعني على ما في يدى وليس في يدها شيء فلا شيء عليها) وكذا لو قالت : على ما في بيتي ولا شيء في بيتها لأنها لم تسمّ المال لم تغرّه (ولو قالت : على ما في يدى من مال ، أو على ما في بيتي من متاع ولا شيء في يدها ولا متاع في بيتها ردّت عليه مهرها) والأصل في ذلك أنه متى أطمعته في مال متقوّم فلم يسلم له لفقده وعدمه رجع عليها بالمهر لأنها غرّته حيث أطمعته في مال ، والمغرور يرجع على الغارّ بالمبدل . فاذا فات المشروط المطمع فيه زال ملكه مجانا فيلزمها أداء المبدل وهو ملك البضع ، وقد عجزت عن ردّه فيلزمه ردّ قيمته وهو المهر ؛ ولو خالعها بما لها عليه من المهر ولم يبق لها عليه شيء من المهر لزمها ردّ المهر ، وإن علم الزوج أن لامهر لها عليه ولا متاع لها في البيت لايلزمها شيء؛ ولو قالت : على ما في يدى من دراهم أو من الدراهم ولا شيء في يدها لزمها ثلاثة دراهم لأنها سمت الدراهم وأقلّ الجمع ثلاثة . قال (ولو خلع ابنته الصغيرة على مالها لا يلزمها شيء) لأنه لانظر لها فيه ، إذ البدل متقوّم والمبدل لاقيمة له على ما بينا (وفي الكبيرة يتوقف على قبولها) لأنه لاولاية له عليها فصار كالفضولي (ولو ضمن المال لزمه في المسألتين)لأن شرط بدل الخلع على الأجنبي جائز فعلى الأب أولى ؛ ولو اختلعت الصغيرة نفسها على صداقها وقع

وَلَوْ قالَتْ : طَلِّقْنِي ثَلاثا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَها وَاحِدَةً فَعَلَيْها ثُلُثُ الأَلْفِ ، وَلَوْ قالَتْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَها وَاحِدَةً فَلا شَيْءَ عَلَيْها (سم) وَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قالَ لَها : طَلِّقِي نَفْسَكِ ثَلاثا بِأَلْفٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ؛ وَلَوْ قالَ لَها : أَنْتِ طالِقٌ وَعَلَيْكِ أَلْفٌ فَقَبِلَتْ طَلُقَتْ وَلا شَيْءَ عَلَيْها (سم) ،

الطلاق لأنه علقه بقبولها ، ولا يسقط الصداق لأنها ليست من أهل الالتزام لما فيه من الضرر، ولو خلعها أبوها على صداقها لايسقط ، ثم إن قبلت الصغيرة الخلع وقع الطلاق ، وإن قبل الأب فيه روايتان : فى رواية لايقع لأنه كالأجنبي إذا لم يضف البدل إلى نفسه ، ويحتمل أن الخلع مضرّة بها فلا يقوم قبوله مقام قبولها . وفى رواية يقع لأنه نفع محض بالخلاص عن عهدته فصار كقبول الهبة ، ولو ضمن الأب الصداق رجع الزوج عليه وإلا فلا ، وكذلك الأجنبي لأنه متى ضمن البدل فالخلع يتمّ بقبوله لابقبولها لأنه يجب البدل عليه بالتزامه من ملكه ولا يجب عليه إلا إذا وقع العقد معه . قال (ولو قالت : طلقنى ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف ، ولو قالت : على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها وهى رجعية) وقالا : هما سواء لأن على كالباء فى المعاوضات ، لأن قوله احمل هذا بدرهم وعلى درهم سواء . ولأبى حنيفة أن حرف الباء للمعاوضة وهى تصحب الأعواض فينقسم العوض على المعوّض ، وإذا وجب المال كانت بائنة ، أما على فانها للشرط قال تعالى - يبايعنك على أن لايشركن بالله شيئا - أى بهذا الشرط ، وكذا لو قال : أنت طالق على أن تدخلى الدار كان شرطا ، والمشروط لاينقسم على أجزاء الشرط ، لأن وجوب الألف صار معلقا بالتطليق ثلاثا فلا يلزم قبله ، لأن المعلق عدم قبل وجود الشرط ، وإذا لم يجب المال فقد طلقها بصريح الطلاق فكانت رجعية (ولو قال لها : طلقى نفسك ثلاثا بألف أو على ألف فطلقت واحدة لم يقع شيء) لأنه ما رضى بالبينونة إلا ليسلم له جميع الألف بخلاف المسألة الأولى لأنها لما رضيت بالبينونة بالألف فلأن ترضى ببعضها كان أولى (ولو قال لها : أنت طالق وعليك ألف فقبلت طلقت ولا شيء عليها) وكذلك إن لم تقبل ، وقالا : إن قبلت فعليها الألف ، وإلا لاشيء عليها ، لأن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة ، يقال : احمل هذا ولك درهم كقوله بدرهم ، وله أن قوله وعليك ألف لاارتباط له بما قبله ، إذ الأصل ذلك ولا دلالة على الارتباط ، لأن الطلاق يوجد بدون المال ، بخلاف البيع والإجارة فانهما لاينفكان عن وجوب المال ؛ ولو قال لعبده : أنت حرّ وعليك ألف فعلى الخلاف ؛ ولو قالت له : اخلعنى على ألف فقال مجيبا لها : أنت طالق كان كقوله خلعتك ؛ ولو قال : بعت منك طلاقك بمهرك ، فقالت : طلقت نفسى بانت منه بمهرها بمنزلة قولها اشتريت ؛ ولو قال : بعت منك تطليقة ، فقالت

وَالمُبارأةُ كالخُلْعِ يُسْقِطانِ كُلَّ (سم) حَقّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الآخرِ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بالنِّكاحِ حَتَّى لَوْ كانَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَدْ قَبَضَتِ المَهْرَ لايَرْجِعُ عَلَيْها بِشَيْءٍ وَيُعْتَبَرُ خُلْعُ المَرِيضَةِ مِنَ الثُّلُثِ .

اشتريت تقع واحدة رجعية مجانا لأنه صريح . قال (والمبارأة كالخلع يسقطان كلّ حقّ لكلّ واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح حتى لو كان قبل الدخول وقد قبضت المهر لايرجع عليها بشيء) ولو لم تقبض شيئا لاترجع عليه بشيء ؛ ولو خالعها على مال آخر لزمها وسقط الصداق . وقال محمد : لايسقط فيهما إلا ما سمياه وأبو يوسف معه فى الخلع ومع شيخه فى المبارأة . لمحمد أنه تعذّر العمل بحقيقة اللفظين على ما يأتى فجعلا كناية عن الطلاق على مال فلا يجب إلا ما سمياه . ولأبى يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة وقضيتها البراءة من الجانبين مطلقا ، إلا أنا اقتصرنا على ما وقعت المبارأة لأجله وهو حقوق النكاح . أما الخلع فيقتضى الانخلاع ، وقد حصل الانخلاع من النكاح فلا حاجة إلى حقوقه . ولأبى حنيفة أن الخلع عبارة عن الانخلاع والانتزاع على مامر فى أوّل الباب ، والمبارأة كما قال أبو يوسف تقتضى الانخلاع والبراءة من الجانبين ، ونفس النكاح لايحتمل الانخلاع والبراءة ، وحقوقه تقبل ذلك فتقع البراءة عنها ليحصل ما هو المقصود من الخلع وهو انقطاع المشاجرة بين الزوجين ، أو نقول يعمل باطلاقهما فى النكاح وأحكامه وحقوقه بدلالة العوض ، ولو وقع الخلع بلفظ البيع والشراء فالأصحّ أنه يوجب البراءة عند أبى حنيفة ولو اختلعا ولم يذكرا المهر ولا بدلا آخر فالصحيح أنه يسقط ما بقى من المهر وما قبضته فهو لها ، وإن ذكرا نفقة العدّة سقطت وإلا فلا لأنها لم تجب بعد ، ولا تقع البراءة عن نفقة الولد وهى مئونة الرضاع إلا بالشرط لأنها لم تجب لها ، فان شرط البراءة منها فى الخلع ووقتا بأن قال إلى سنة أو سنتين سقطت ، فان مات الولد قبل تمام المدّة رجع عليها بما بقى من أجر مثل الرضاع إلى تمام المدّة ، والحيلة لعدم الرجوع أن يقول : خالعتك على كذا ، أو على نفقة الولد إلى سنتين ، فان مات فى بعض المدّة فلا رجوع لى عليك . قال (ويعتبر خلع المريضة من الثلث) لأنه لاقيمة للبضع عند الخروج ، وليس من الحوائج الأصلية فكان كالوصية ، وهذا إذا ماتت بعد العدّة أو قبل الدخول ؛ فأما إذا ماتت وهى فى العدة فللزوج الأقلّ من الميراث ، ومن المهر إن كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج فله الأقلّ من ميراثها ومن الثلث .

فصل

إذا اختلعت المكاتبة لزمها المال بعد العتق لأنه تبرّع ، وسواء كان باذن المولى أو بغير

إذنه لأنها محجورة عن التبرّعات ؛ ولو اختلعت الأمة وأم الولد بإذن المولى نزمهما للحال وإذا خلع الأمة مولاها من زوجها الحرّ على رقبتها صحّ الخلع بغير شيء ؛ ولو كان الزوج مكاتبا أو عبدا أو مدبرا جاز الخلع وصارت أمة للسيد ، والفرق أنها تصير مملوكة للمولى فلا ينفسخ النكاح ، وفى الحرّ لو صارت مملوكة له بطل النكاح فيبطل الخلع .

أمتان تحت حرّ خلعهما المولى على رقبة إحداهما بعينها بطل الخلع فيها وصحّ فى الأخرى ويقسم الثمن على مهرهما ، فما أصاب مهر التى صحّ خلعها فهو للزوج من رقبة الأخرى ، ولو خلع كل واحدة منهما على رقبة الأخرى وقع الطلاقان بائنين بغير شيء ، لأنه قارن وقوع الطلاق على كلّ واحدة وقوع الملك فى رقبتها فتعذّر إيجاب العوض ، ولو طلق كلّ واحدة على رقبة صاحبتها يقع رجعيا .

باب الظهار

وهو فى اللغة مشتقّ من لفظ الظهر ، يقال : ظاهر يظاهر ظهارا ، وأصله قول الرجل لامرأته : أنت علىّ كظهر أمى ، ثم انتقل إلى غيره من الأعضاء ، وإلى غيرها من المحرّمات (وهو أن يشبه امرأته أو عضوا يعبر به عن بدنها) كالرأس والوجه (أو جزءا شائعا منها) كالثلث والربع (بعضو لايحلّ النظر إليه) كالظهر والفخذ والبطن والفرج ، لأن الكلّ فى معنى الظهر فى الحرمة (من أعضاء من لايحلّ له نكاحها على التأبيد) كأمه وبنته وجدته وعمته وخالته وأخته وغيرهنّ من المحرّمات على التأبيد ، لأن الكلّ كالأم فى تأبيد الحرمة (وحكمه : حرمة الجماع ودواعيه حتى يكفر) تحرّزا عن الوقوع فيه كما فى الإحرام ، بخلاف الحيض فانه يكثر وقوعه فيحرج ولا كذلك الظهار ، وكان فى الجاهلية طلاقا فجعله الشرع موجبا حرمة متناهية بالكفارة . والأصل فيه حديث خولة بنت ثعلبة ، وقيل بنت خويلد كانت تحت أوس بن الصامت وكانا من الأنصار فأرادها فأبت عليه ، فقال : أنت علىّ كظهر أمى فكان أوّل ظهار فى الإسلام ، ثم ندم وكان الظهار طلاقا فى الجاهلية ، فقال : ما أظنك إلا قد حرمت علىّ ، فقالت : والله ما ذاك بطلاق ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أوسا تزوّجنى وأنا شابة غنية ذات مال وأهل ، حتى

فإنْ جامَعَ قَبْلَ التَّكفِيرِ استَغْفَرَ اللهَ تَعالى ، وَالعَوْدُ الَّذِى تَجِبُ بِهِ الكَفَّارَةُ أنْ يَعزِمَ عَلى وَطْئِها ، وَيَنْبَغِى لَها أنْ تَمنَعَ نَفْسَها مِنْهُ وَتُطالِبَهُ بالكَفَّارَةِ وَيُجْبِرُهُ القاضِى عَلَيْها ؛ وَلَوْ قالَ : أنْتِ عَلَىَّ مِثْلُ أُمِّى أوْ كأُمِّى ،

إذا أكل مالى وأفنى شبابى وتفرّق أهلى وكبرت سنى ظاهر منى وقد ندم ، فهل من شىء يجمعنى وإياه تنعشنى به ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : حرمت عليه ، فجعلت تراجع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإذا قال لها : حرمت عليه هتفت وقالت : أشكو إلى الله فاقتى وشدّة حالى ، وأن لى صبية صغارا إن ضممتهم إليه ضاعوا ، وإن ضممتهم إلىّ جاعوا ، وجعلت تقول : اللهمّ إنى أشكو إليك ، اللهمّ فأنزل على لسان نبيك ، فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم الوحى كما كان يتغشاه ، فلما سرّى عنه قال : يا خولة قد أنزل الله فيك وفى أوس قرآنا وتلا ـ قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها ـ الآيات ، والظهار جائز ممن يجوز طلاقه من المسلمين لأن كل واحد منهما يوجب حرمة الزوجة ، ولا يكون من المطلقة بائنا لأنها حرام عليه . قال (فإن جامع قبل التكفير استغفر الله تعالى) لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلا ظاهر من امرأته فرأى خلخالها فى القمر فوقع عليها ، ثم جاء إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك ، فقال له استغفر الله تعالى ولا تعد حتى تكفر ، ولأنه فعل فعلا محرّما والأفعال المحرّمة توجب الاستغفار ولا شىء عليه غيره ، لأنه لو كان لبينه عليه الصلاة والسلام ، ولا يحلّ قربانها بعد زوج آخر ولا بملك اليمين حتى يكفر لقوله تعالى ـ فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ـ قال (والعود الذى تجب به الكفارة أن يعزم على وطئها) لقوله عليه الصلاة والسلام « ولا تعد حتى تكفر » نهى عن الوطء إلى غاية التكفير فتنتهى حرمة الوطء بالتكفير (وينبغى لها أن تمنع نفسها منه لأنه حرام وتطالبه بالكفارة ويجبره القاضى عليها) إيفاء لحقها ، وكلّ ما لايصدقه القاضى فيه لايسع المرأة أن تصدّقه فيه ، فلو قال أردت الإخبار عما مضى بكذب لم يصدق قضاء وصدق ديانة ؛ ولو قال : أنا منك مظاهر ، أو ظاهرت منك يصير مظاهرا لأنه صريح فيه ؛ ولو شبهها بامرأة زنى بها أبوه أو ابنه أو بابنة مزنيته فهو مظاهر عند أبى يوسف خلافا لمحمد بناء على أن القاضى إذا قضى بجواز نكاحها ينفذ عند محمد خلافا لأبى يوسف . وسئل محمد عن المرأة تقول لزوجها : أنت علىّ كظهر أمى ؟ قال : ليس بشىء ، لأن المرأة لاتملك التحريم كالطلاق . وسئل أبو يوسف فقال : عليها الكفارة ، لأن الظهار تحريم يرتفع بالكفارة وهى من أهل الكفارة فصحّ أن توجبها على نفسها . وسئل الحسن بن زياد فقال : هما شيخا الفقه أخطئا ، عليها كفارة يمين ، لأن الظهار يقتضى التحريم فكأنها قالت لزوجها : أنت علىّ حرام ، فيجب عليها كفارة يمين إذا وطئها (ولو قال : أنت علىّ مثل أمى أو كأمى)

فإنْ أرادَ الكَرامَةَ صُدِّقَ ، وإنْ أرادَ الظِّهارَ فَظِهارٌ ، وإنْ أرادَ الطَّلاقَ فَواحِدَةٌ بائِنَةٌ ، وإنْ لمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ ولَوْ قالَ لِنِسائِهِ : أنتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي فَعَلَيْهِ لِكُلِّ واحِدَةٍ كَفَّارَةٌ ، وإنْ ظاهَرَ مِنْها مِرارًا فِي مَجْلِسٍ واحِدٍ أوْ فِي مَجالِسَ فَعَلَيْهِ لِكُلِّ ظِهارٍ كَفَّارَةٌ .

والكَفَّارَةُ عِتْقُ رَقَبَةٍ يُجْزِئُ فيها مُطْلَقُ الرَّقَبَةِ السَّلِيمَةِ ، ولا يُجْزِئُ المُدَبَّرُ وأُمُّ الوَلَدِ

فهو كناية يرجع إلى نيته (فإن أراد الكرامة صدق) لأن ذلك من محتملات كلامه وهو مشهور بين الناس (وإن أراد الظهار فظهار) لأنه شبهها بجميعها ، وفى ذلك تشبيه بالعضو المحرّم فيصحّ عند نيته (وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة) ويصير تشبيها لها فى الحرمة كأنه قال : أنت عليّ حرام (وإن لم يكن له نية فليس بشيء) لأنه كناية يحتمل وجوها فلا يتعين أحدها إلا بمرجح . وقال محمد : هو ظهار لأنه تشبيه حقيقة والتشبيه بالعضو ظهار ، فالتشبيه بالكلّ أولى . وعن أبي يوسف إن كان فى حالة الغضب فهو ظهار ، وإن عنى به التحريم فهو إيلاء إثباتا لأدنى الحرمتين . وعند محمد ظهار ، وقيل ظهار بالإجماع . وإن نوى الكذب قال محمد فى نوادر هشام : يدين إلا أن يكون فى حالة الغضبْ فهو يمين ؛ وإن قال : أنت عليّ حرام كأمي ونوى ظهارا فظهار للتشبيه ، وإن نوى طلاقا فطلاق للتحريم ، وإن نوى التحريم فظهار ، وإن لم يكن له نية فإيلاء . وعند محمد ظهار وقد مرّ وجهها (ولو قال لنسائه : أنتنّ عليّ كظهر أمي فعليه لكل واحدة كفارة) لأنه يصير مظاهرا من كل واحدة منهنّ بإضافة الظهار إليهنّ ، كما إذا قال : أنتنّ طوالق تطلق كلّ واحدة منهنّ ، وإذا كان مظاهرا من كل واحدة منهنّ تثبت الحرمة فى كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعدد الحرمة (وإن ظاهر منها مرارا فى مجلس واحد أو فى مجالس فعليه لكل ظهار كفارة) كما فى تكرار اليمين . وروى الحسن عن أبي حنيفة : إذا قال لامرأته : أنت عليّ كظهر أمي مائة مرّة وجبت عليه مائة كفارة وهو حالف مائة مرّة .

فصل

(والكفارة عتق رقبة) قبل المسيس للنصّ (يجزئ فيها مطلق الرقبة السليمة) فينطلق على المسلم والكافر والذكر والأنثى والصغير والكبير عملا بالإطلاق ، وهو قوله تعالى ـ فتحرير رقبة ـ والرقبة عبارة عن الذات المرقوقة المملوكة من كل وجه ، وعند الإطلاق ينصرف إلى السليمة ، فمن قيدها بوصف زائد فقد زاد على النصّ فيردّ عليه . قال (ولا يجزئ المدبر وأمّ الولد) لأن الرقّ فيهم ناقص لاستحقاقهم العتق بجهة أخرى ؛

وَالْمُكَاتَبُ الَّذِي أَدَّى بَعْضَ كِتَابَتِهِ ، وَلَا مَقْطُوعُ الْيَدَيْنِ أَوْ إِبْهَامَيْهِمَا أَوِ الرِّجْلَيْنِ ، وَلَا الْأَعْمَى وَلَا الْأَصَمُّ وَلَا الْأَخْرَسُ وَلَا الْمَجْنُونُ الْمُطْبَقُ وَلَا مُعْتَقُ الْبَعْضِ ؛ وَإِنِ اشْتَرَى أَبَاهُ أَوِ ابْنَهُ يَنْوِي الْكَفَّارَةَ أَجْزَأَهُ ؛ وَإِنْ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ ثُمَّ جَامَعَهَا ثُمَّ أَعْتَقَ بَاقِيَهُ لَمْ يُجْزِهِ (سم) ، وَإِنْ لَمْ يُجَامِعْ بَيْنَ الْإِعْتَاقَيْنِ أَجْزَأَهُ ؛

(و) لا (المكاتب الذى أدّى بعض كتابته) لأنه يشبه العتق ببدل ، ويجوز المكاتب الذى لم يؤدّ شيئا ، لأن الرقّ قائم به ، قال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم» وما ذكرناه من المعنى فيمن أدّى البعض منتف ، على أنه روى عن أبى حنيفة أنه يجوز من أدّى البعض أيضا لأنه عبد بالحديث حتى لو فسخت الكتابة عاد رقيقا ، بخلاف أمّ الولد والمدبر فإن ذلك لايفسخ أصلا . قال (ولا مقطوع اليدين أو إبهاميهما أو الرجلين ، ولا الأعمى ولا الأصمّ ولا الأخرس ولا المجنون المطبق) لأن جنس المنفعة تفوت فى هؤلاء ، وهو البطش والسعى والسمع والبصر والانتفاع بالجوارح بالعقل والمجنون فائت المنفعة ، وبطش اليدين بالإبهامين فبفوتهما تفوت جنس المنفعة وأنه مانع ؛ لأن قيام الرقبة بقيام المنفعة وإذا فات جنس المنفعة صارت الرقبة هالكة من وجه فكانت ناقصة فلا يتناولها الاسم ، أما إذا اختلت المنفعة فليس بمانع ، لأن العيب القليل ليس بمانع لتعذر الاحتراز عنه ، وذلك كالأعور ومقطوع إحدى اليدين أو إحدى الرجلين من خلاف ، ولا يجوز إذا قطعا من جانب واحد لفوات جنس منفعة الشىء ، ولا يجوز المعتوه والمفلوج اليابس الشقّ لما بينا ، وثلاثة أصابع من اليد لها حكم الكلّ ، ويجوز عتق الخصىّ والمجبوب لأن ذلك يزيد القيمة لاينقصها ، ويجوز مقطوع الأذنين لأنه لاضرر فيه ، ويجوز مقطوع الشفتين إن كان يقدر على الأكل وإلا فلا (ولا) يجوز (معتق البعض) لأنه ليس برقبة كاملة . قال (وإن اشترى أباه أو ابنه ينوى الكفارة أجزأه) لأن شراء القريب إعتاق ، قال عليه الصلاة والسلام « لن يجزئ ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » أخبر عليه الصلاة والسلام أن الابن قادر على إعتاق الأب فيكون قادرا تصديقا له فيما أخبر ، ولا يقدر على إعتاقه قبل الشراء لعدم الملك ولا بعد الشراء لأنه يعتق عليه بالشراء ، فيكون نفس الشراء إعتاقا ، فاذا نوى بالشراء الكفارة يصير إعتاقا عن الكفارة فيصحّ ويجزئه (وإن أعتق نصف عبده ثم جامعها ثم أعتق باقيه لم يجزه) عنده . وعندهما تجزئه بناء على تجزى الإعتاق ، فعندهما لما أعتق نصفه كان إعتاقا للجميع ، وعنده لا فقد أعتق النصف قبل المسيس والنصف بعده ، والشرط أن يكون الإعتاق قبل المسيس فلا يجزئه فيستأنف عتق رقبة أخرى (وإن لم يجامع بين الإعتاقين أجزأه) بالإجماع ، أما عندهما فظاهر ،

وَالعَبْدُ لا يُجْزِئُهُ فى الظِّهارِ إلاَّ الصَّوْمُ ، فإنْ لَمْ يَجِدْ ما يَعْتِقُ صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ لَيْسَ فِيهِما رَمَضَانُ وَيَوْما العِيدِ وأَيَّامُ التَّشْرِيقِ ، فإنْ جامَعَها فى الشَّهْرَيْنِ لَيْلاً أَوْ نَهارًا عامِدًا أَوْ ناسِيا بِعُذْرٍ أَوْ بِغَيْرِ عُذْرٍ اسْتَقْبَلَ (س) ، فإنْ لَمْ يَسْتَطِعِ الصِّيامَ أطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِينا ، وَيُطْعِمُ كما ذَكَرْنا فى صَدَقَةِ الفِطْرِ أَوْ قِيمَةَ ذلكَ ، فإنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَّاهُمْ جازَ ،

وأما عنده فلأنه أعتقه بكلامين ، وما حصل فيه من النقص حصل بسبب الإعتاق للكفارة وأنه غير مانع ، كما إذا أصابت السكين عين شاة الأضحية وقد أضجعها للذبح ؛ وعلى هذا لو أعتق نصف عبد مشترك لايجزئه موسرا كان أو معسرا بناء على ما مرّ ، وعندهما إن كان موسرا أجزأه ، لأنه يملك نصيب شريكه بالضمان وكان معتقا للكلّ ، وإن كان معسرا لايجزئه ، لأن السعاية وجبت للشريك فى نصيبه فلم يوجد منه عتق الجميع . قال (والعبد لايجزئه فى الظهار إلا الصوم) لأنه عاجز عن الإعتاق والإطعام لأنه لايملك شيئا ، قال عليه الصلاة والسلام « لايملك العبد إلا الطلاق » . قال (فان لم يجد) المظاهر (ما يعتق صام شهرين متتابعين) لقوله تعالى ـ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ـ . قال (ليس فيهما رمضان ويوما العيد وأيام التشريق) أما رمضان فلأنه يقع عن الفرض لتعينه على ما مرّ فى الصوم فلا يقع عن غيره ؛ وأما الباقى فلأن الصوم فيها حرام فكان ناقصا فلا يتأدّى به الواجب . قال (فإن جامعها فى الشهرين ليلا أو نهارا عامدا أو ناسيا بعذر أو بغير عذر استقبل) لقوله تعالى ـ من قبل أن يتماسا ـ وقال أبو يوسف : إن جامع ليلا عامدا أو نهارا ناسيا لم يستأنف لأن ذلك لايمنع التتابع حتى لايفسد به الصوم . وجوابه أن النصّ شرط كونه قبل المسيس وأنه ينعدم بالمسيس فيستأنف ، ولو حاضت المرأة فى كفارة الصوم لاتستقبل ، وإن أفطرت لمرض استقبلت ، ولو حاضت فى كفارة اليمين استقبلت ، لأن الحيض يتكرّر فى كل شهر ولا كذلك المرض . وعن محمد : لو صامت شهرا ثم حاضت ثم أيست استقبلت . وعن أبى يوسف : لو حبلت فى الشهر الثانى بنت ، ومن له دين ليس له غيره ولا يقدر على استخلاصه كفر بالصوم ؛ ولو حنث موسرا ثم أعسر أو بالعكس فالمعتبر حالة التكفير ، ولو أيسر فى خلال الصوم أعتق كالمتيمم إذا وجد الماء فى صلاته . قال (فإن لم يستطع الصيام أطعم ستين مسكينا) لقوله تعالى ـ فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ـ (ويطعم كما ذكرنا فى صدقة الفطر) لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سهل بن صخر أو أوس بن الصامت « لكلّ مسكين نصف صاع من برّ » ولأنه لحاجة المسكين فى اليوم فاعتبرت بصدقة الفطر . قال (أو قيمة ذلك) لما مرّ فى دفع القيم فى الزكاة .قال (فإن غدّاهم وعشاهم جاز) قال تعالى ـ فإطعام ستين مسكينا ـ وهو التمكين

وَلا بُدَّ مِنْ شِبَعِهِمْ فى الأكْلَتَيْنِ ، وَلا بُدَّ مِنَ الإدامِ فى خُبْزِ الشَّعِيرِ دُونَ الحِنْطَةِ ، وَلَوْ أطْعَمَ مِسْكِينا سِتِّينَ يَوْما أجْزأهُ ، وَإنْ أعْطاهُ فى يَوْمٍ وَاحِدٍ عَنِ الكُلِّ أجْزأهُ عَنْ يَوْمٍ وَاحِدٍ ، فإنْ جامَعَها فى خِلالِ الإطْعامِ لَمْ يَسْتأنِفْ ، وَمَنْ أعْتَقَ رَقَبَتَيْنِ أوْ صامَ أرْبَعَةَ أشْهُرٍ أوْ أطْعَمَ مائَةً وَعِشْرِينَ مِسْكِينا عَنْ كَفَّارَتَىْ ظِهارٍ أجْزأهُ عَنْهُما وَإنْ لَمْ يُعَيِّنْ ، وَإنْ أطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِينا كُلَّ مِسْكِينٍ صاعا مِنْ بُرٍّ عَنْ كَفَّارَتَيْنِ لَمْ يُجْزِهِ إلاّ عَنْ وَاحِدَةٍ (م) ،

من الطعم (ولا بدّ من شبعهم فى الأكلتين) اعتبارا للعادة (ولا بدّ من الإدام فى خبز الشعير دون الحنطة) لأنه لايتمكن من الشبع فى خبز الشعير دون الإدام فانه قلما ينساغ دونه ، ولا كذلك خبز الحنطة . وعن أبى حنيفة رحمه الله : لو غدّاهم وعشاهم خبزا وإداما أو خبزا بغير إدام أو خبز الشعير أو سويقا أو تمرا جاز ، ولو غدّى ستين وعشى ستين غيرهم لم يجزه إلا أن يعيد على ستين منهم غداء أو عشاء ؛ ويجوز غداءان أو عشاءان أو عشاء وسحور ، وكذا لو غدّاهم يوما وعشاهم يوما آخر لوجود أكلتين مشبعتين ، ولو عشاهم فى رمضان لكل مسكين ليلتين أجزأه ، والمستحبّ غداء وعشاء ؛ ولو أطعم كلّ مسكين مدّا فعليه أن يعطيه مدّا آخر ، ولا يجوز أن يعطيه غيرهم لأن الواجب شيئان : مراعاة عدد المساكين ، والمقدار فى الوظيفة لكل المسكين . قال (ولو أطعم مسكينا) واحدا (ستين يوما أجزأه) لأن المعتبر دفع حاجة المسكين وأنها تتجدد بتجدد اليوم (وإن أعطاه فى يوم واحد عن الكلّ أجزأه عن يوم واحد) لاندفاع الحاجة بالمرّة الأولى ، وهذا لاخلاف فيه فى الإباحة ، فأما التمليك منه فى يوم واحد فى دفعات قيل لايجزئه ، وقيل يجزئه لأن الحاجة إلى التمليك تتجدّد فى اليوم مرّات ؛ ولو دفع الكلّ إليه مرّة واحدة لايجوز لأن التفريق واجب بالنصّ . قال (فإن جامعها فى خلال الإطعام لم يستأنف) لأن النصّ لم يشرط فى الإطعام قبل المسيس ، إلا أنا أوجبناه قبل المسيس لاحتمال القدرة على الإعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى فى غيره لاينافى المشروعية . قال (ومن أعتق رقبتين ، أو صام أربعة أشهر ، أو أطعم مائة وعشرين مسكينا عن كفارتى ظهار أجزأه عنهما وإن لم يعين) لأن الجنس متحد فلا حاجة إلى التعيين . وقال زفر رحمه الله : لايجوز عن واحدة منهما مالم يعتق عن كلّ واحدة واحدة لأنه لما أعتق عنهما انقسم كلّ إعتاق عليهما فيقع العتق أشقاصا عن كل واحدة ، فلا يجوز كما إذا اختلف الجنس . ولنا أن الواجب تكميل العدد دون التعيين ، إذ التعيين لايفيد فى الجنس الواحد على ما عرف ، بخلاف اختلاف الجنس ، لأن التعيين مفيد فيه فيشترط (وإن أطعم ستين مسكينا كلّ مسكين صاعا من برّ عن كفارتين لم يجزه إلا عن واحدة) وقال محمد رحمه الله : عنهما ، **وإن أطعم**

وَإِنْ أَعْتَقَ وَصَامَ عَنْ كَفَّارَتَىْ ظِهَارٍ فَلَهُ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ عَنْ أَيِّهِما شاءَ .

باب اللعان

وَيَجِبُ بِقَذْفِ الزَّوْجَةِ بالزِّنا أوْ بِنَفْىِ الوَلَدِ إذَا كانا مِنْ أَهْلِ الشَّهادَةِ وَهِيَ مِمَّنْ يُحَدُّ قاذِفُها وَطالَبَتْهُ بِذَلِكَ ،

ذلك عن ظهار وإفطار أجزأه عنهما بالإجماع ، وعليه قياس محمد رحمه الله ، وهذا لأن بالمؤدّى وفاء بهما ، والمصروف إليه محلّ لهما فيقع عنهما وصار كما إذا فرّق الدفع . ولهما أن النية تعتبر فى الجنسين لافى جنس واحد ، وإذا لغت النية فى الجنس الواحد بقى أصل النية فيجزى عن الواحدة كما إذا قال عن كفارة ظهار (وإن أعتق وصام عن كفارتى ظهار فله أن يجعل ذلك عن أيهما شاء) لأن النية معتبرة عند اختلاف الجنس .

باب اللعان

وهو مصدر لاعن يلاعن ملاعنة كقاتل يقاتل مقاتلة ، والملاعنة مفاعلة من اللعن ، ولا يكون هذا الوزن إلا بين اثنين ، إلا ما شذّ كراهقت الحلم وطارقت النعل وعاقبت اللصّ ونحوه ، وهو لفظ عامّ . وفى الشرع هو مختصّ بملاعنة تجرى بين الزوجين بسبب مخصوص بصفة مخصوصة على ما يأتيك إن شاء الله تعالى ، وهو شهادات مؤكدات بالأيمان موثقة باللعن والغضب من الله تعالى كما نطق به الكتاب ، وقد كان موجب القذف فى الحدّ فى الأجنبية والزوجة بقوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ـ الآية فنسخ فى الزوجات إلى اللعان بقوله تعالى ـ والذين يرمون أزواجهم ـ الآية ، وسبب ذلك ما روى ابن عباس رضى الله عنه « أن هلال بن أمية قذف امرأته خولة بشريك بن السمحاء عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : رأيت بعينى وسمعت بأذنى ، فاشتدّ ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال سعد بن عبادة : الآن يضرب هلال وتردّ شهادته ، ثم قال عليه الصلاة والسلام : البينة أو حدّ فى ظهرك ، فقال : يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة ، فجعل صلى الله عليه وسلم يقول : البينة أو حدّ فى ظهرك ، فقال هلال : والذى بعثك بالحقّ إنى لصادق ولينزلنّ الله ما يبرئ ظهرى من الحدّ ، فنزل ـ والذين يرمون أزواجهم ـ إلى قوله ـ إن كان من الصادقين ـ فلاعن عليه الصلاة والسلام بينهما ، وقال عند ذكر اللعنة والغضب : آمين ، وقال القوم : آمين » . قال (ويجب بقذف الزوجة بالزنا) لما تلونا (أو بنفى الولد) لأنه فى معناه . قال (إذا كانا من أهل الشهادة وهى ممن يحدّ قاذفها وطالبته بذلك) لأن الركن فيه الشهادة . قال تعالى

فإنِ امْتَنَعَ مِنْهُ حُبِسَ حَتَّى يُلاعِنَ أوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ فَيُحَدَّ ، فإذَا لاعَنَ وَجَبَ عَلَيْها اللِّعانُ ، وتُحْبَسُ حتَّى تُلاعِنَ أوْ تُصَدِّقَهُ ، وَإذَا لَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ مِنْ أهْلِ الشَّهادَةِ فَعَلَيْهِ الحَدُّ ، وَإنْ كانَ مِنْ أهْلِ الشَّهادَةِ وَهِيَ مِمَّنْ لا يُحَدُّ قاذِفُها فَلا حَدَّ عَلَيْهِ وَلا لِعانَ وَيُعَزَّرُ .

ـ ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم ـ . والشهادة لاتكون معتبرة إلا إذا صدرت من أهلها ، فوجوب الشهادة عليهما اشتراط كونهما من أهل الشهادة ، ولا بدّ من أن تكون ممن يحدّ قاذفها ، لأن اللعان فى حقها كحدّ القذف لما أن اللعان عقوبة ، فإن كان كاذبا التحق به كالحدّ حتى لاتقبل شهادته بعد اللعان أبدا ، وهو فى حقها كحدّ الزنا لأن الغضب فى حقها من الله تعالى عقوبة شديدة يلتحق بها إن كانت كاذبة فقام مقام حدّ الزنا ، ولهذا لايثبت اللعان بالشهادة على الشهادة ، ولا بكتاب القاضى ، ولا بشهادة النساء كالحدود ، ولا بدّ من طلبها لها لأن الحقّ كما فى حدّ القذف . وشرط اللعان قيام الزوجية بينهما بنكاح صحيح دون الفاسد ، لأن مطلق الزوجية ينصرف إلى الصحيح . قال (فإن امتنع منه حبس حتى يلاعن) لأنه حد وجب عليه فيحبس فيه لقدرته عليه (أو يكذب نفسه فيحد) لأنه إذا أكذب نفسه سقط اللعان ، وإذا سقط اللعان وجب عليه الحدّ ، لأن القذف لايخلو عن موجب ، فإذا سقط اللعان صرنا إلى حدّ القذف ، إذ هو الأصل (فاذا لاعن وجب عليها اللعان) بالنصّ (وتحبس حتى تلاعن) لما بينا (أو تصدقه) فلا حاجة إلى اللعان ولا يجب عليها حدّ الزنا ، لأن من شرطه الأقارير الأربعة عندنا على ما يأتى بيانه ، ولهذا قال الشافعى رحمه الله تحدّ لأن الزانى يحدّ عنده بالإقرار مرّة واحدة ، ويبتدئ فى اللعان بالزوج لأنه هو المدعى ، ولأنه عليه الصلاة والسلام بدأ بالزوج ، فلما التعنا فرّق بينهما ، فإن التعنت المرأة أوّلا ثم الزوج أعادت ليكون على الترتيب المشروع ، فإن فرّق بينهما قبل الإعادة جاز لأن المقصود تلاعنهما وقد وجد . قال (وإذا لم يكن الزوج من أهل الشهادة) بأن كان عبدا أو محدودا فى قذف أو كافرا (فعليه الحدّ) لأن اللعان امتنع لمعنى من جهته فيرجع إلى الموجب الأصلى (وإن كان من أهل الشهادة وهى ممن لايحدّ قاذفها) بأن كانت أمة أو كافرة أو محدودة فى قذف أو صبية أو مجنونة أو زانية (فلا حدّ عليه ولا لعان) لأن المانع من جهتها فصار كما إذا صدقته (ويعزّر) لأنه آذاها وألحق الشين بها ولم يجب الحدّ فيجب التعزير حسما لهذا الباب ، ولو كانا محدودين فى قذف حدّ لأن اللعان امتنع من جهته لأنه يبدأ به وهو ليس من أهل الشهادة ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « أربعة لالعان بينهم وبين نسائهم : اليهودية والنصرانية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحرّ ، والحرّة تحت المملوك » وفى رواية « والمسلم تحته كافرة ، والكافر

وَصِفَةُ اللِّعانِ أنْ يَبْتَدِئَ القاضِي بالزَّوْجِ فيَشْهَدُ أرْبَعَ مَرَّاتٍ يقُولُ فى كُلِّ مَرَّةٍ أشْهَدُ باللهِ إنى لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيما رَمَيْتُكِ بِهِ مِنَ الزِّنا ، ويَقُولُ فى الخامِسَةِ لَعْنَةُ اللهِ عَلَيْهِ إنْ كانَ مِنَ الكاذِبِينَ فِيما رَمَيْتُكِ بِهِ مِنَ الزِّنا ؛ وإنْ كانَ القَذْفُ بِوَلَدٍ يقُولُ : فِيما رَمَيْتُكِ بِهِ مِنْ نَفْيِ الوَلَدِ . وإنْ كانَ بِهِما يقُولُ : فِيما رمَيْتُكِ بِهِ مِنَ الزِّنا ومِنْ نَفْيِ الوَلَدِ . ثُمَّ تَشْهَدُ المَرأةُ أرْبَعَ مَرَّاتٍ تَقُولُ فى كُلِّ مَرَّةٍ : أشْهَدُ باللهِ إنَّهُ لَمِنَ الكاذِبِينَ فِيما رَمانى بِهِ مِنَ الزِّنا ، وتَقُولُ فى الخامِسَةِ : غَضَبُ اللهِ عَلَيْها إنْ كانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيما رَمانى بِهِ مِنَ الزِّنا ، وفِى نَفْيِ الوَلَدِ تَذْكُرُهُ ؛ فإذا التَعَنا فرَّقَ الحاكِمِ بَيْنَهُما ، فاذا فرَّقَ بَيْنَهُما كانَتْ تَطْلِيقَةً بائِنَةً (س) ،

تحته مسلمة » وصورته : إذا كانا كافرين فأسلمت فقذفها قبل عرض الإسلام عليه .

(وصفة اللعان أن يبتدئ القاضى بالزوج فيشهد أربع مرات يقول فى كلّ مرّة : أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا ، ويقول فى الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتك به من الزنا ؛ وإن كان القذف بولد يقول : فيما رميتك به من نفى الولد ، وإن كان بهما يقول : فيما رميتك به من الزنا ومن نفى الولد) لأنه المقصود باليمين (ثم تشهد المرأة أربع مرّات تقول فى كلّ مرّة : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا ، وتقول فى الخامسة : غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا ، وفى نفى الولد تذكره) كما تقدّم (فاذا التعنا فرّق الحاكم بينهما) ولاتقع الفرقة قبل الحكم حتى لومات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر . وقال زفر : تقع الفرقة بينهما بالتلاعن لوقوع الحرمة المؤبدّة بينهما بالنصّ وهو المقصود من الفرقة . ولنا ما روى « أن النبى عليه الصلاة والسلام لما لاعن بينهما قال الزوج : كذبت عليها إن أمسكتها هى طالق ثلاثا » . قال الراوى : ففارقها قبل أن يأمره رسول الله بفراقها ، فأمضى عليه ذلك فصار سنة المتلاعنين ، ولو وقعت الفرقة بتلاعنهما لم يقع الطلاق ولما أمضاه عليه الصلاة والسلام ولبين له بطلان اعتقاده فى وقوع الطلاق ، ولأن حرمة الاستمتاع تثبت باللعان ، لأن اللعن والغضب نزل بأحدهما بيقين وأثره بطلان النعمة ، وحلّ الاستمتاع نعمة والزوجية نعمة ، وحلّ الاستمتاع أقلهما فيحرم ، وهذه الحرمة جاءت من قبله لأنها بسبب قذفه فقد فوّت عليها الإمساك بالمعروف فيجب عليه التسريح بالإحسان ، فاذا لم يشرحها وهو قادر عليه كان ظالما لها فينوب القاضى منابه دفعا للظلم (فاذا فرّق بينهما كانت تطليقة بائنة) لأنه كفعل الزوج كما فى الجبّ والعنة . وقال أبو يوسف : هو تحريم مؤبد ، وثمرته إذا أكذب

فَإِنْ كَانَ القَذْفُ بِوَلَدٍ نَفَى القَاضِي نَسَبَهُ وَأَلحَقَهُ بِأُمِّهِ ، وَإِذَا قَالَ : حَمْلُكِ لَيْسَ مِنِّي فَلا لِعَانَ (سم) .

نفسه حدّه القاضى وعاد خاطبا ، وعنده لا لقوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لايجتمعان أبدا » ولنا أنه إذاأكذب نفسه لم يصيرا متلاعنين ولا يبقى حكمه ، ولهذا وجب عليه الحدّ بالإكذاب ، ولأن اللعان شهادة وهى تبطل بتكذيب الشاهد نفسه فلم يبقيا متلاعنين لاحقيقة ولا حكما فلم يتناولهما النصّ . قال (فإن كان القذف بولد نفى القاضى نسبه وألحقه بأمه) لأنه عليه الصلاة والسلام نفى ولد امرأة هلال وألحقه بأمه . وإذا قذف الأعمى امرأته العمياء أو الفاسق امرأته يجب اللعان لأنهما من أهل الشهادة ؛ ولو كان أحدهما أخرس لاحدّ ولا لعان لأنه ليس من أهل الشهادة ؛ ولو خرس أحدهما أو ارتدّ أو أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنسانا فحدّ للقذف ، أو وطئت حراما بعد اللعان قبل التفريق بطل اللعان ولا حدّ ولا تفريق ، لأن ما منع الوجوب منع الإمضاء لوجود الشبهة ؛ ولو وطئت بشبهة فقذفها زوجها لالعان عليه ولا حدّ على قاذفها . وعن أبى يوسف أنه رجع وقال : يجب اللعان والحدّ لأنه وطء يجب فيه المهر ويثبت النسب . وجه الظاهر أنه وطء فى غير ملك فأشبه الزنا وصار شبهة فى إسقاط الحدّ عن القاذف ؛ ولو قذفها ثم وطئت حراما لالعان بينهما لما بينا ، ولو لم يفرّق الحاكم بينهما حتى عزل أو مات فالحاكم الثانى يستقبل اللعان بينهما . وقال محمد : لايستقبل لأن اللعان قائم مقام الحدّ فصار كإقامة الحدّ حقيقة ، وذلك لايؤثر فيه عزل الحاكم وموته . ولهما أن تمام الإمضاء فى التفريق والإنهاء فلا يتناهى قبله فيجب الاستقبال ؛ ولو طلقها بعد القذف ثلاثا أو بائنا فلا حدّ ولا لعان ، ولو كان رجعيا لاعن لقيام الزوجية ؛ ولو تزوّجها بعد الطلاق البائن فلا لعان ولا حدّ بذلك القذف ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا يا زانية فعليه الحدّ دون اللعان لأنه قذف أجنبية ؛ ولو قال : يا زانية أنت طالق ثلاثا فلا حدّ ولا لعان ، لأنه طلقها ثلاثا بعد وجوب اللعان فسقط بالبينونة ؛ ولو قذف أربع نسوة لاعن مع كلّ واحدة منهنّ ؛ ولو قذف أربع أجنبيات حدّ لهنّ حدّا واحدا ، والفرق أن المقصود فى الثانية الزجر ، وهو يحصل بحدّ واحد ، أما الأوّل فالمقصود باللعان دفع العارعن المرأة وإبطال نكاحها عليه وذلك لايحصل بلعان واحد . قال (وإذا قال : ليس حملك منى فلا لعان) وقالا : إن ولدت لأقلّ من ستة أشهر من يوم القذف يجب اللعان لأنا تيقنا بقيام الحمل يومئذ ، وله أنه يومئذ لم يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا ، وإذا لم يكن قاذفا فى الحال يصير كأنه قال : إن كان بك حمل فليس منى ولا يثبت حكم القذف إذا كان معلقا بالشرط ، وأجمعوا أنه لاينتفى نسب الحمل قبل الولادة لأنه حكم عليه ولاحكم على الجنين قبل الولادة كالإرث والوصية ؛ ولو نفى ولد زوجته الحرّة فصدقته

وَيَصِحُّ نَفْىُ الوَلَدِ عَقِيبَ الوِلادَةِ وفى حالَةِ التَّهْنِئَةِ وَابْتِياعِ آلَةِ الوِلادَةِ فَيُلاعِنُ وَيَنْفِيهِ القاضِى ، وَبَعْدَ ذلكَ يَثْبُتُ نَسَبُهُ وَيُلاعِنُ ، وَإنْ كانَ غائِبا فَعَلِمَ فكأنَّها وَلَدَتْ حالَ عِلْمِهِ ؛ وَمَنْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فى بَطْنٍ وَاحِدٍ فاعْتَرَفَ بالأوَّلِ وَنَفَى الثَّانِىَ ثَبَتَ نَسَبُهُما وَلاعَنَ ، وَإنْ عَكَسَ فَنَفَى الأوَّلَ وَاعْتَرَفَ بالثَّانى ثَبَتَ نَسَبُهُما وَحُدَّ .

فلا حدّ ولا لعان وهو ابنهما لايصدقان على نفيه ، لأن النسب حقّ الولد والأمّ لاتملك إسقاط حقّ ولدها فلا ينتفى بتصديقها ؛ وإنما لم يجب الحدّ واللعان لتصديقها لأنه لايجوز لها أن تشهد أنه لمن الكاذبين وقد قالت إنه لصادق ، وإذا تعذّر اللعان لاينتفى النسب . قال (ويصحّ نفى الولد عقيب الولادة وفى حالة التهنئة وابتياع آلة الولادة فيلاعن وينفيه القاضى وبعد ذلك يثبت نسبه ويلاعن) وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه مقدّر بسبعة أيام لأن أثر الولادة والتهنئة فيها اعتبارا بالعقيقة ، وقالا : يصحّ نفيه فى مدّة النفاس لأنه أثر الولادة ، وله أن الزوج لو نفاه عقيب الولادة انتفى بالإجماع ، ولو لم ينفه حتى طالت المدة لم يكن له نفيه بالإجماع فلا بدّ من حدّ فاصل ، ومعلوم أن الإنسان لايشهد عليه بنسب ولده ،وإنما يستدلّ على ذلك بقبوله التهنئة وابتياع متاع الولادة وقبول هدية الأصدقاء ، فاذا فعل ذلك أو مضى مدّة يفعل فيه ذلك عادة وهو ممسك كان اعترافا ظاهرا فلا يصحّ نفيه بعده . قال (وإن كان غائبا فعلم فكأنها ولدت حال علمه) معناه : أنه يصحّ نفيه عندهما فى مدة النفاس بعد العلم . وعنده مدّة التهنئة على ما بينا ، لأنه لايجوز أن يلزمه النسب مع عدم علمه فصار حال علمه كحالة الولادة على الأصلين . وعن أبى يوسف إن علم قبل الفصال فهو مقدّر بمدة النفاس وبعده ليس له أن ينفيه ، لأن قبل الفصال كمدّة النفاس حيث لم ينتقل عن غذائه الأوّل وبعده ينتقل ويخرج عن حالة الصغر فيقبح نفيه كما لو بقى شيخا . قال (ومن ولدت ولدين فى بطن واحد فاعترف بالأوّل ونفى الثانى ثبت نسبهما ولاعن ، وإن عكس فنفى الأوّل واعترف بالثانى ثبت نسبهما وحدّ) أما ثبوت النسب فلأنهما توءمان خلقا من ماء واحد ، فمتى ثبت نسب أحدهما باعترافه ثبت نسب الآخر ضرورة . وأما اللعان فى الأولى والحدّ فى الثانية فلأنه لما نفى الثانى لم يكن مكذبا نفسه فيلاعن ، وفى الثانية لما نفى الأوّل صار مكذّبا نفسه باعترافه الثانى فيحدّ ، ولو قال فى المسئلة الثانية : هما ابناى لايحدّ ولا يكون تكذيبا لأنه صادق لأنهما لزماه من طريق الحكم فكان مخبرا عما ثبت بالحكم .

باب العدة

عِدَّةُ الحُرَّةِ الَّتِى تَحِيضُ فى الطَّلاقِ وَالفَسْخِ بَعْدَ الدُّخُولِ ثَلاثُ حِيَضٍ ، وَالصَّغِيرَةِ وَالآيِسَةِ ثَلاثَةُ أشْهُرٍ ؛ وَعِدَّتُهُنَّ فى الوَفاةِ أرْبَعَةُ أشْهُرٍ وَعَشَرَةُ أيَّامٍ ؛ وَعِدَّةُ الأمَةِ فى الطَّلاقِ حَيْضَتانِ ، وفِى الصِّغَرِ وَالإياسِ شَهْرٌ وَنِصْفٌ ؛ وَعِدَّتُها فى الوَفاةِ شَهْرانِ وخَمْسَةُ أيَّامٍ ؛ وَعِدَّةُ الكُلِّ فى الحَمْلِ وَضْعُهُ ؛

باب العدة

وهو مصدر عده يعده ، وسئل عليه الصلاة والسلام « متى تكون القيامة ؟ قال : إذا تكاملت العدّتان » أى عدّة أهل الجنة وعدّة أهل النار : أى عددهم ، وسمى الزمان الذى تتربص فيه المرأة عقيب الطلاق والموت عدّة لأنها تعد الأيام المضروبة عليها وتنتظر أوان الفرج الموعود لها . والأصل فى وجوبها قوله تعالى ـ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ـ وقوله تعالى ـ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهنّ أربعة أشهر وعشرا ـ وقوله ـ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدّتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهنّ ـ وقوله تعالى ـ فطلقوهنّ لعدّتهنّ وأحصوا العدّة ـ وهى ثلاثة أنواع : الحيض ، والشهور ، ووضع الحمل ، وبكلّ ذلك نطق الكتاب. وتجب بثلاثة أشياء : بالطلاق ، وبالوفاة ، وبالوطء على ما نبينه إن شاء الله تعالى . قال (عدّة الحرّة التى تحيض فى الطلاق والفسخ بعد الدخول ثلاث حيض ، والصغيرة والآيسة ثلاثة أشهر ؛ وعدّتهنّ فى الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام) لما تلونا من الآيات ؛ والفرقة بالفسخ كالطلاق ، لأن العدّة للتعرّف عن براءة الرحم وأنه يشملهما (وعدّة الأمة فى الطلاق حيضتان) لقوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان وعدّتها حيضتان » (وفى الصغر والإياس شهر ونصف) لأنّ الرق منصف إلا أن الحيضة لاتتجزى فكملت احتياطا ، وقد قال عمر رضى الله عنه : لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا . أما الشهر فيتجزى فجعلناه شهرا ونصفا (وعدّتها فى الوفاة شهران وخمسة أيام) لما بينا (وعدّة الكلّ فى الحمل وضعه) لعموم قوله تعالى ـ وأولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ ـ ولأن المقصود التعرّف عن براءة الرحم ولا براءة مع وجود الحمل ولاشغل بعد وضعه ، وإليه الإشارة بقول عمر رضى الله عنه : لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدّتها وحلّ لها أن تتزوّج ، وعن ابن مسعود رضى الله عنه : من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى : يعنى سورة الطلاق قوله تعالى ـ وأولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ نزلت بعد التى

وَلا عِدَّةَ فى الطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلا عَلَى الذِّمِّيَّةِ فى طَلاقِ الذِّمِّيِّ ؛ وَعِدَّةُ أُمِّ الوَلَدِ مِنْ مَوْتِ سَيِّدِها وَالإعْتاقِ ثَلاثُ حِيَضٍ أَوْ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ ؛ وَالعِدَّةُ فى النِّكاحِ الفاسِدِ وَالوَطْءِ بِشُبْهَةٍ بِالحَيْضِ فى المَوْتِ وَالفُرْقَةِ ؛ وَعِدَّةُ امْرأةِ الفارِّ أَبْعَدُ الأجَلَيْنِ فى البائِنِ (س) وَعِدَّةُ الوَفاةِ فى الرَّجْعِيِّ ؛ وَلَوْ أُعْتِقَتِ الأَمَةُ فى العِدَّةِ مِنْ طَلاقٍ رَجْعِيٍّ انْتَقَلَتْ عِدَّتُها إلى عِدَّةِ الحَرائِرِ وفى البائِنِ لا ، وَلَوْ اعْتَدَّتِ الآيِسَةُ بِالأشْهُرِ ثُمَّ رأتِ الدَّمَ

فى سورة البقرة : يعنى ـ والذين يتوفون منكم ويذرون ـ الآية ؛ وإن أسقطت سقطا استبان بعض خلقه انقضت العدّة وإلافلا لأنه إذا استبان فهو ولد ، وإذا لم يستبن جاز أن يكون ولدا وغير ولد فلا تنقضى العدة بالشكّ . قال (ولاعدة فى الطلاق قبل الدخول) لقوله تعالى فيه ـ فما لكم عليهنّ من عدّة تعتدونها ـ قال (ولا على الذمية) وقد مرّ فى النكاح ، ولا عدّة فى نكاح الفضولى قبل الإجازة ، لأن النسب لايثبت فيه لأنه موقوف فلم ينعقد فى حقّ حكمه فلا يورث شبهة الملك والحلّ ، والعدّة وجبت صيانة للماء المحترم عن الخلط واحترازا عن اشتباه الأنساب . قال (وعدّة أمّ الولد من موت سيدها والإعتاق ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر) إن كانت ممن لاتحيض لما روى أن مارية القبطية أمّ ولد رسول الله عليه الصلاة والسلام اعتدت بعد وفاته بثلاثة أقراء ولم ينكر عليها أحد من الصحابة رضى الله عنهم ، فإما أنها نقلته عن النبىّ عليه الصلاة والسلام ، وإما أن يكون إجماعا منهم ، وكل ذلك حجة . وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : عدّة أم الولد ثلاث حيض ، ولو زوّجها المولى ثم مات فلا عدّة عليها لأن الفراش انتقل إلى الزوج ، فإن طلقها الزوج وانقضت عدتها ثم مات المولى فعليها العدّة لأن الفراش عاد إليه وقد زال بالموت . قال (والعدّة فى النكاح الفاسد والوطء بشبهة بالحيض فى الموت والفرقة) لأنه للتعرّف عن براءة الرحم ولا تجب عدّة الوفاة لأنها ليست بزوجة ، قال (وعدّة امرأة الفارّ أبعد الأجلين فى البائن وعدّة الوفاة فى الرجعى) وهى إذا طلقها وهو مريض فورثت وهى فى العدّة . وقال أبو يوسف : عدتها ثلاث حيض فى البائن لأن النكاح انقطع بالطلاق ولزمتها العدّة بالحيض إلا أنه بقى أثره فى الإرث لما بينا لافى تغيير العدّة وبخلاف الرجعى لأن النكاح باق من كلّ وجه . ولهما أنه بقى فى حقّ الإرث فلأن يبقى فى حقّ العدّة أولى ، لأن العدّة مما يحتاط فيها فيجب أبعد الأجلين . قال (ولو أعتقت الأمة فى العدة من طلاق رجعى انتقلت عدتها إلى عدّة الحرائر ، وفى البائن لا) لأن النكاح قائم من كلّ وجه فى الرجعى دون البائن ، وموته كالبينونة . قال (وإذا اعتدّت الآيسة بالأشهر ثم رأت الدم

بَعْدَ ذلكَ أوِ الصَّغِيرَةِ ثُمَّ رأتْهُ فى خِلالِ الشَّهرِ اسْتأنَفَتْ بالحَيْضِ ؛ وَلَوِ اعْتَدَّتْ بِحَيْضَةٍ أوْ حَيْضَتَيْنِ ثُمَّ أيِسَتْ اسْتأنَفَتْ بالشُّهُورِ .

وَابْتِداءُ عِدَّةِ الطَّلاقِ عَقِيبَهُ وَالوَفاةِ عَقِيبَها ، وتَنْقَضِي بِمُضِيِّ المُدَّةِ وَإنْ لَمْ تَعْلَمْ بِهِما ؛

بعد ذلك أو الصغيرة ثم رأته فى خلال الشهر استأنفت بالحيض) أما الآيسة فلأن بالعود علمنا أنها غير آيسة وأن عدتها الحيض وصارت كالممتدّ طهرها فتستأنف ، وأما الصغيرة فلأن الجمع فى عدّة واحدة بين الحيض والأشهر ممتنع ، لما فيه من الجمع بين البدل والمبدل ، ولأنه لم يرد به أثر ولم يقل به بشر ، وقد تعذّر الاعتداد بالأشهر فتعين الحيض ؛ أو نقول الأشهر خلف عن الحيض وقد قدرت على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف فيجب عليها كالمتيمم إذا وجد الماء فى صلاته (ولو اعتدّت بحيضة أو حيضتين ثم أيست استأنفت بالشهور) لما بينا .

فصـــل

الأقراء : الحيض ، وهو قول أبى بكر وعمر وعلىّ وابن مسعود وابن عباس وأبى الدرداء وابن الصامت وجماعة من التابعين رضوان الله عليهم أجمعين . وقال زيد بن ثابت وعبد الله ابن عمر وعائشة رضى الله عنهم : إنها الأطهار ، وحاصله أن اسم القرء يقع على الحيض والطهر جميعا لغة حقيقة ، يقال : أقرأت المرأة إذا حاضت ، وأقرأت إذا طهرت ، وأصله الوقت لمجىء الشىء وذهابه ، يقال : رجع فلان لقرئه : أى لوقته الذى يرجع فيه ، وثمرة الخلاف تظهر فى انقضاء العدّة ؛ فمن قال إنها الحيض يقول : لاتنقضى إلا باستكمال ثلاث حيض ، ومن قال إنها الأطهار يقول : إذا شرعت فى الحيضة الثالثة انقضت العدّة ، والحمل على الحيض أولى بالنصّ والمعقول . أما النص فقوله عليه الصلاة والسلام للمستحاضة « دعى الصلاة أيام أقرائك » وإنما تترك الصلاة أيام الحيض بالإجماع ، وقوله عليه الصلاة والسلام « عدّة الأمة حيضتان » والمعقول أنه ذكره بلفظ الجمع ؛ فمن قال إنه للحيض قال : لابدّ من ثلاث حيض فيتحقق الجمع ، ومن قال إنه الأطهار لايتحقق الجمع على قوله ؛ لأن الطلاق لو وقع فى آخر الطهر انقضت العدّة بطهرين آخرين وبالشروع فى الثالث فلا يوجد الجمع ، والعمل بما يوافق لفظ النصّ أولى . قال (وابتداء عدّة الطلاق عقيبه والوفاة عقيبها وتنقضى بمضى المدة وإن لم تعلم بهما) لأن الطلاق والوفاة هو السبب فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ، وإن أقر أنه طلق امرأته من وقت كذا فكذبته أو قالت لاأدرى وجبت العدة من وقت الإقرار ويجعل هذا إنشاء احتياطا ، وإن صدقته فمن وقت

وَابْتِدَاءُ عِدَّةِ النِّكَاحِ الفاسدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ أَوْ عَزْمِهِ عَلَى تَرْكِ الوطْءِ (ز)، وَإِذَا وَطِئَتِ المُعْتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ فَعَلَيْها عِدَّةٌ وَأُخْرَى وَيَتَدَاخَلانِ، فإن حَاضَتْ حَيْضَةً ثُمَّ وُطِئَتْ كَمَّلَتها بِثَلاثٍ أُخَرَ، وأَقَلُّ مُدَّةِ العِدَّةِ شَهْرَانِ (سم)،

الطلاق واختيار المشايخ أنه يجب من وقت الإقرار تحرّزا عن المواضعة وزجرا له عن كتمان طلاقها لأنه يصير مسببا لوقوعها فى المحرم ولا تجب لها نفقة العدّة، ولها أن تأخذ منه مهرا ثانيا إن وجد الدخول من وقت الطلاق إلى وقت الإقرار لأنه أقرّ بذلك وقد صدقته. قال (وابتداء عدّة النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزمه على ترك الوطء) وقال زفر: من آخر الوطئات لأن الوطء هو الموجب للعدّة. ولنا أن التمكين من الوطء على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه فيجعل واطئا حكماً إلى حالة التفريق أو عزم الترك فتجب العدّة من حين انقطاع الوطء حقيقة وشرعا أخذا بالاحتياط. قال (وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدّة أخرى) لوجود السبب (ويتداخلان، فإن حاضت حيضة ثم وطئت كملتها بثلاث أخر) وتحسب حيضتان من العدّتين وتكمل الأولى والثالثة تتمة للثانية، لأن المقصود من العدّة التعرّف عن براءة الرحم، وأنه حاصل بالعدّة الواحدة لأنه لابدّ من ثلاث حيض بعد الوطء الثانى وبه تتعرّف براءة الرحم، وللثانى أن يتزوّجها بعد استكمال الأولى لأنها فى عدّته؛ ولو وطئت المعتدّة عن وفاة تممّها، وما تراه من الحيض فيها يحتسب من الثانية، فإن استكملت فيها ثلاث حيض فقد انقضتا معا وإلا تممت الثانية بما بقى من حيضها لما بينا. قال (وأقلّ مدّة العدّة شهران) أى مدّة تنقضى فيها ثلاث حيض. وقالا: أقلها تسعة وثلاثون يوما وثلاث ساعات لأنهما يعتبران أقلّ مدّة الحيض وهى ثلاثة أيام، وأقلّ الطهر وهو خمسة عشر يوما، ثم يقدر أن وقوع الطلاق قبل أوان الحيض بساعة فثلاثة أيام حيض، وخمسة عشر طهر، ثم ثلاثة حيض، ثم خمسة عشر طهر، ثم ثلاثة حيض فكملت العدّة. وأبو حنيفة يخرجه من طريقين: أحدهما يعتبر أكثر الحيض احتياطا، فيبدأ بالحيض عشرة، ثم خمسة عشر طهر، ثم عشرة حيض، ثم خمسة عشر طهر، ثم عشرة حيض فذلك ستون يوما، وهذه رواية محمد، والآخر وهو رواية الحسن بن زياد أنه يعتبر الوسط من الحيض وهو خمسة أيام، ويجعل مبدأ الطلاق فى أوّل الطهر عملا بالسنة؛ فخمسة عشر يوما طهر وخمسة حيض، هكذا ثلاث مرّات يكون ستين يوما؛ والأمة تصدق عندهما فى أحد وعشرين يوما، ستة أيام حيضتان، وخمسة عشر يوما طهر بينهما. وعند أبى حنيفة على رواية الحسن أربعين يوما، وعلى رواية محمد خمسة وثلاثين، ولو كانت حاملا وقد علق طلاقها بالولادة، فعلى قياس رواية محمد عن أبى حنيفة لا يصدق فى أقل من خمسة وثمانين يوما، وعلى قياس رواية الحسن مائة يوم،

وَلا يَنْبَغِى أَنْ تُخْطَبَ المُعْتَدَّةُ ، وَلا بَأْسَ بِالتَّعْرِيضِ ،

وعلى قياس قول أبى يوسف خمسة وستون ، وفى الأمة على رواية محمد خمسة وستون ، ورواية الحسن خمسة وسبعون ، وعن أبى يوسف سبعة وأربعون ، وعن محمد ستة وثلاثون وثلاث ساعات ، ويعرف ذلك لمن يتأمله بتوفيق الله تعالى. ثم إن وقع الطلاق للآيسة والصغيرة أو الموت غرّة الشهر اعتبرت الشهور بالأهلة بالإجماع وإن نقص عددها ، وإن وقع ذلك فى وسط الشهر تعتبر بالأيام فتعتدّ فى الطلاق بتسعين يوما ، وفى الوفاة مائة وثلاثين يوما وهو رواية عن أبى يوسف ، وروى عنه وهو قول محمد تعتدّ بقية الشهر بالأيام وتكمله من الشهر الرابع ، وتعتدّ بشهرين فيما بينهما بالأهلة ، لأن الأصل اعتبار الشهور بالأهلة إلا عند التعذّر ، وقد تعذر فى الأوّل فيعمل فيه بالأيام لأنها كالبدل عن الأهلة ، ويعمل فى الباقى بالأصل . ولأبى حنيفة أنه لايدخل الشهر الثانى ولا يعدّ إلا بعد انقضاء الأوّل ، ولا انقضاء للأوّل إلابعد استكماله فيكمل الأوّل من الثانى ، وهكذا الثانى مع الثالث فتعذر اعتبار الأهلة فى الكلّ ، وعلى هذا مدّة الإيلاء واليمين إذا حلف لايفعل كذا سنة والإجارات ونحوها ، وإذا قالت : انقضت عدتى صدقت لأنها أمينة فإن كذبها الزوج حلفت كالمودع . واختلف أصحابنا فى حدّ الإياس ، قال بعضهم : يعتبر بأقرانها من قرابتها ، وقيل يعتبر بتركيبها لأنه يختلف بالسمن والهزال . وعن محمد أنه قدره بستين سنة . وعنه فى الروميات بخمس وخمسين ، وفى المولدات ستين ، وقيل خمسين سنة ، والفتوى على خمس وخمسين من غير فصل وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة ، وعنه أيضا ما بين خمس وخمسين إلى ستين . وذكر محمد فى نوادر الصلاة : العجوز الكبيرة إذا رأت الدم مدّة الحيض فهو حيض إذا لم يكن عن آفة . وقال محمد بن مقاتل الرازى : هذا إذا لم يحكم بإياسها ، فأما إذا حكم بإياسها ثم رأت الدم لايكون حيضا وهو الصحيح . والمرأة إذا لم تحض أبدا حتى بلغت مبلغا لايحيض فيه أمثالها غالبا حكم بإياسها . وذكر فى الجامع الصغير : إذا بلغت ثلاثين سنة ولم تحض حكم بإياسها . قال (ولا ينبغى أن تخطب المعتدّة) لقوله تعالى - ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء - المراد به المعتدات بالإجماع ، لأن الله تعالى نفى الجناح فى التعريض وأنه يدلّ على أن تركه أولى فيلزم كراهة التصريح بطريق الأولى (ولا بأس بالتعريض) لأنه تعالى نفى الجناح فإنه دليل الإباحة . وروى « أنه عليه الصلاة والسلام دخل على أم سلمة وهى فى العدّة فذكر منزلته من الله تعالى وهو متحامل على يده حتى أثر الحصير على يده من شدّة تحامله عليها وأنه تعريض »، والتعريض مثل أن يقول : إنى فيك لراغب ، وأودّ أن أتزوّجك ، وإن تزوّجتك لأحسننّ إليك ، ومثلك من يرغب فيه ويصلح للرجال ونحوه . وعن النخعى لابأس بأن يهدى إليها ويقوم بشغلها فى العدّة

وعلى المُعْتَدَةِ مِنْ نِكاحٍ صحيحٍ عَنْ وَفاة أوْ طَلاقٍ بائِنٍ إذَا كانَتْ بالِغَةً مسْلِمَةً حُرَّةً أوْ أمَةً الحِدَادُ ، وَهُوَ تَرْكُ الطِّيبِ وَالزِّينَةِ والكُحْلِ وَالدُّهْنِ وَالحِنَّاءِ إلاَّ مِنْ عُذْرٍ ؛

إن كانت من شأنه ، والتصريح قوله : أنكحك ، وأتزوّج بك ونحوه وأنه مكروه ، قال تعالى ـ ولكن لاتواعدوهنّ سرّا ـ قال عليه الصلاة والسلام « السرّ النكاح » وهذا كله فى المبتوتة (١) والمتوفى عنها زوجها . أما المطلقة الرجعية فلا يجوز التصريح ولا التلويح لأن نكاح الأوّل قائم على ما بينا .

فصــــل

(وعلى المعتدّة من نكاح صحيح عن وفاة أو طلاق بائن إذا كانت بالغة مسلمة حرّة أو أمة الحداد) ويقال الإحداد . والأصل فيه ما روى « أن امرأة مات عنها زوجها فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه فى الانتقال فقال : كانت إحداكن تمكث فى أشرّ أحلاسها إلى الحول ، أفلا أربعة أشهر وعشرا ؟» فدلّ أنه يلزمها أن تقيم فى شرّ أحلاسها أربعة أشهر وعشرا . وقال عليه الصلاة والسلام « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت ثلاثة أيام فما فوقها إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا » وروى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال : الحناء طيب » وأنه عام فى كلّ معتدة ، ولأنه لما حرم عليها النكاح فى العدة أمرت بتجنب الزينة حتى لاتكون بصفة الملتمسة للأزواج وأنه يعمّ الفصلين ، ولأنها وجبت إظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذى كان سبب مئونتها وكفايتها من النفقة والسكنى وغير ذلك ، وأنه موجود فى المبتوتة والمتوفى عنها . قال (وهو ترك الطيب والزينة والكحل والدهن والحناء إلا من عذر) لنهيه عليه الصلاة والسلام عن الحناء ، وقوله « الحناء طيب » فدلّ على أن الطيب محظور عليها ، ويدخل فيه الثوب المطيب والمعصفر والمزعفر حتى قالوا : لو كان غسيلا لاينفض جاز لأنه لم يبق له رائحة ، فإن لم يكن لها إلا ثوب واحد مصبوغ لابأس به لأنه عذر ، ولا تمتشط لأنه زينة ، فإن كان فالأسنان المنفرجة دون المضمومة ، ولا تلبس حليا لأنه زينة ، ولا تلبس قصبا ولا خزانة لأنه زينة . وعن أبى يوسف لابأس بالقصب والخزّ الأحمر . فالحاصل أن ذلك يلبس للحاجة و يلبس للزينة فيعتبر القصد فى لبسه ، وقد صحّ « أن النبىّ عليه الصلاة والسلام لم يأذن للمبتوتة فى الاكتحال » بخلاف حالة التداوى لأنه عذر ،

(١) قوله وهذا كله فى المبتوتة ، ليس مذهبا لنا لأن مذهبنا جواز التعريض خاص بالمتوفى عنها .

وَلا تَخْرُجُ المَبْتُوتَةُ مِنْ بَيْتِها لَيْلاً وَلا نَهارًا ، وَالمُعْتَدَّةُ عَنْ وَفاةٍ تَخْرُجُ نَهارًا وَبَعْضَ اللَّيْلِ وَتَبِيتُ فى مَنْزِلِها ، وَالأَمَةُ تَخْرُجُ لِحاجَةِ المَوْلَى فى العِدَّتَيْنِ فى الوَقْتَيْنِ جَمِيعا ، وَتَعْتَدُّ فى البَيْتِ الَّذى كانَتْ تَسْكُنُهُ حالَ وُقُوعِ الفُرْقَةِ إلاَّ أَنْ يَنْهَدِمَ أَوْ تُخْرَجَ مِنْهُ أَوْ لاتَقْدِرَ عَلَى أُجْرَتِهِ فَتَنْتَقِلَ .

فكان ضرورة دون التزين ؛ وكذا إذا خافت من ترك الدهن والكحل حدوث مرض بأن كانت معتادة لذلك يباح لها ذلك . ولا إحداد على صغيرة ولا مجنونة لعدم الخطاب ولأنها عبادة حتى لاتجب على الكافرة ؛ بخلاف الأمة لأنها أهل للعبادات وليس فيها إبطال حقّ المولى ، وليس فى عدة النكاح الفاسد إحداد لأنه لايتأسف على زواله لأنه واجب الزوال ولأنه نقمة فزواله نعمة . قال (ولا تخرج المبتوتة من بيتها ليلا ولا نهارا) لقوله تعالى - لاتخرجوهنّ من بيوتهنّ ولا يخرجن - ولأن نفقتها واجبة على الزوج فلا حاجة لها إلى الخروج كالزوجة ، حتى لو اختلعت على أن لانفقة لها قيل تخرج نهارا لمعاشها ، وقيل لا وهو الأصحّ ، لأنها اختارت إسقاط نفقتها فلا يؤثر فى إبطال حقّ المختلعة عليها على أن لاسكنى لها لايجوز لها الخروج . قال (والمعتدة عن وفاة تخرج نهارا وبعض الليل وتبيت فى منزلها) لأنه لانفقة لها فتضطرّ إلى الخروج لإصلاح معاشها وربما امتدّ ذلك إلى الليل . وعن محمد لابأس بأن تبيت فى غير منزلها أقل من نصف الليل لما بينا (والأمة تخرج لحاجة المولى فى العدتين فى الوقتين جميعا) لما فى المنع من إبطال حقه ، وحقّ العبد مقدّم على حق الله تعالى ، وإن كان المولى بوّأها لم تخرج ما دامت على ذلك إلا أن يخرجها المولى ، وكذلك المكاتبة والكتابية تخرج إلا إذا منعها الزوج لصيانة مائه ، والمجنونة والمعتوهة كالذمية ، والصبية تخرج لأنها لايلزمها العبادات ، ولاحقّ للزوج لأنه لحفظ الولد ، ولا ولد إلا فى الطلاق الرجعى ، فلا تخرج إلا باذن الزوج لبقاء الزوجية على ما مرّ (وتعتدّ فى البيت الذى كانت تسكنه حال وقوع الفرقة) لأنه البيت المضاف إليه بقوله تعالى - من بيوتهنّ - لأنه هو الذى تسكنه ، وقال عليه الصلاة والسلام للتى قتل زوجها « اسكنى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » . قال (إلا أن ينهدم أو تخرج منه أو لاتقدر على أجرته فتنتقل) لما يلحقها من الضرر فى ذلك . أما إذا انهدم فلأن السكنى فى الخربة لاتأمن على نفسها ومالها ، ثم قيل تنتقل حيث شاءت إلا أن تكون مبتوتة فتنتقل إلى حيث شاء الرجل لأنه المخاطب بقوله تعالى - أسكنوهنّ - وإذا حوّلها الورثة أو صاحب المنزل فهى معذورة فى ذلك . وروى عن علىّ بن أبى طالب رضى الله عنه أنه نقل ابنته أم كلثوم لما قتل عمر رضى الله عنه لأنها كانت فى دار الإمارة وعائشة رضى الله عنها نقلت أختها لما قتل طلحة رضى الله

فصـــل

أَقَلُّ مُدَّةِ الحَمْلِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ وأَكْثَرُها سَنَتَانِ ، وَإِذَا أَقَرَّتْ بانْقِضَاءِ العِدَّةِ ثُمَّ جاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ ، وَلِسِتَّةِ أَشْهُرٍ لا ؛ وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ وَإِنْ جاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ ما لَمْ تُقِرَّ بانْقِضَاءِ العِدَّةِ ، فإِنْ جاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ بانَتْ وَيَثْبُتُ النَّسَبُ وَلا يَصِيرُ مُرَاجِعا ، وَإِنْ جاءَتْ بِهِ لِسَنَتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ كانَ رَجْعَةً ، وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المَبْتُوتَةِ وَالمُتَوَفَّى عَنْها زَوْجُها لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ ،

عنه ، ولو طلب منها أكثر من أجرة المثل فلما يلحقها من الضرر ، وصار كثمن الماء للمسافر يجوز له التيمم إذا كان بأكثر من ثمن المثل ، ولو أبانها والمنزل واحد يجعل بينه وبينها سترة ، وكذلك الورثة فى الوفاة ، فان لم يجعلوا انتقلت تحرّزا عن الفتنة ، وإذا كان المطلق غائبا وطلب أهل المنزل الأجرة أعطتهم باذن القاضى ويصير دينا على الزوج .

فصـــل

(أقلّ مدّة الحمل ستة أشهر) لما روى أن رجلا تزوّج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فهمّ عثمان برجمها ، فقال ابن عباس : لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم ، فان الله تعالى يقول ـ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ـ وقال ـ والولدات يرضعن أولادهنّ حولين كاملين ـ فبقى لمدة الحمل ستة أشهر . قال (وأكثرها سنتان) لما روى عن عائشة أنها قالت : لايبقى الولد فى رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفركة مغزل ، وذلك لايعرف إلا توقيفا إذ ليس للعقل فيه مجال ، فكأنها روته عن النبىّ عليه الصلاة والسلام . قال (وإذا أقرّت بانقضاء العدّة ثم جاءت بولد لأقلّ من ستة أشهر ثبت نسبه) لأنه ظهر كذبها بيقين فصار كأنها لم تقرّ به (و) إن جاءت به (لستة أشهر لا) يثبت ، لأنه لم يظهر كذبها فيكون من حمل حادث بعده فلا يثبت نسبه . قال (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ، وإن جاءت به لأكثر من سنتين مالم تقرّ بانقضاء العدّة) لاحتمال الوطء والعلوق فى العدّة لجواز أن تكون ممتدّة الطهر (فإن جاءت به لأقل من سنتين بانت) لانقضاء العدّة (ويثبت النسب) لوجود العلوق فى النكاح أو فى العدّة (ولا يصير مراجعا) لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ، ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشكّ (وإن جاءت به لسنتين أو أكثر كان رجعة) لأن العلوق بعد الطلاق ، والظاهر أنه منه وأنه وطئها فى العدّة حملا لحالهما على الأحسن والأصلح . قال (ويثبت نسب ولد المبتوتة والمتوفى عنها زوجها لأقل من سنتين) لاحتمال أن الحمل

وَلا يَثْبُتُ لِأَكْثَرَ مِنْ ذلكَ إلاَّ أنْ يَدَّعِيَهُ (ز) ؛ وَلا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُعْتَدَّةِ إلاَّ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ (سم) ، أوْ رَجُلٍ وَامْرَأتَيْنِ ، أوْ حَبَلٍ ظاهِرٍ ، أوِ اعْتِرَافِ الزَّوْجِ ، أوْ تَصْدِيقِ الوَرَثَةِ ؛ وَلا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُطَلَّقَةِ الصَّغِيرَةِ رَجْعِيَّةً (س) كانَتْ أوْ مَبْتُوتَةً (س) إلاَّ أنْ تأتِيَ بِهِ لِأقَلَّ مِنْ تِسْعَةِ أشْهُرٍ ، وفي عِدَّةِ الوَفاةِ لِأقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ أشْهُرٍ وَعَشَرَةِ أيَّامٍ بِساعَةٍ ، وَلَوْ قالَ لَهَا : إنْ وَلَدْتِ فأنتِ طالِقٌ فَشَهِدَتِ امْرأةٌ بالوِلادَةِ لَمْ تَطْلُقْ (سم) ،

كان قائما وقت الطلاق فلا يكون الفراش زائلا بيقين فيثبت النسب احتياطا (ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا أن يدعيه) لأنا تيقنا بحدوث الحمل بعد الطلاق فلا يكون منه إلا أن يدعيه فيجعل كأنه وطئها بشبهة العدّة . وقال زفر : فى عدّة الوفاة إذا جاءت به بعد انقضائها لستة أشهر لايثبت ، لأن الشرع حكم بانقضائها بالأشهر فصار كإقرارها . وجوابه أنه لانقضاء العدّة وجه آخر وهو وضع الحمل ، بخلاف الصغيرة لأن الأصل عدم الحمل فيها لعدم المحلية فوقع الشك فى البلوغ . قال (ولا يثبت نسب ولد المعتدة إلا بشهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين ، أو حبل ظاهر ، أو اعتراف الزوج ، أو تصديق الورثة) وقالا : يثبت بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش قائم لقيام العدّة ، وهو ملزم للنسب كقيام النكاح . ولأبى حنيفة أنها لو أقرّت بوضع الحمل انقضت العدة ، والمنقضى لايكون حجة فيحتاج إلى إثبات النسب فلا بدّ من حجة كاملة . أما إذا ظهر الحبل أو اعترف به الزوج فالنسب ثابت قبل الولادة والحاجة إلى التعيين وأنه يثبت بشهادتها ، وكذا إذا اعترف به الورثة بعد الموت . وهذا فى حقّ الإرث ظاهر لأنه حقهم . وأما النسب فإن كانوا من أهل الشهادة ثبت بشهادتهم ، ولا يثبت فى حقهم باعترافهم ويثبت فى حقّ غيرهم تبعا للثبوت فى حقهم . قال (ولا يثبت نسب ولد المطلقة الصغيرة رجعية كانت أو مبتوتة إلا أن تأتى به لأقلّ من تسعة أشهر ، وفى عدة الوفاة لأقلّ من عشرة أشهر وعشرة أيام بساعة) وقال أبو يوسف فى المبتوتة : يثبت إلى سنتين لأنها معتدة لم تقرّ بانقضاء العدّة ، ويحتمل أن تكون حاملا وصارت كالبالغة . ولهما أنه تعين لانقضاء عدتها جهة واحدة وهى الأشهر ، فإذا مضت حكم الشرع بانقضائها وهو أقوى من الإقرار لاحتمال الخلف فى الإقرار دونه ؛ وأما الرجعى ، قال أبو يوسف : يثبت إلى سبعة وعشرين شهرا لأنه يجعل واطئا فى آخر العدّة وهى ثلاثة أشهر ثم تأتى به لأكثر مدة الحمل وهى سنتان ؛ ولو ادعت الصغيرة الحبل فى العدّة فهى كالكبيرة فى الحكم لأنه ثبت بلوغها باقرارها (ولو قال لها : إن ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة بالولادة لم تطلق) وقالا : تطلق لقوله عليه الصلاة والسلام

وَإِنِ اعْتَرَفَ بِالحَبَلِ تَطْلُقُ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهَا (سم) ، وَلَوْ قَالَ لِأَمَتِهِ : إِنْ كَانَ فِى بَطْنِكِ وَلَدٌ فَهُوَ مِنِّى فَشَهِدَتِ امْرَأَةٌ بِالوِلَادَةِ فَهِىَ أُمُّ وَلَدِهِ .

« شهادة النساء جائزة فيما لايطلع عليه الرجال » فكانت شهادتها حجة فى الولادة ، فتكون حجة فيما يبتنى عليه وهو الطلاق . ولأبى حنيفة أنها ادعت على زوجها الحنث فلا يثبت إلا ببينة كاملة ، وشهادتها ضرورية فى الولادة فلا تتعدّى إلى الطلاق لأنه ينفكّ عنه . قال (وإن اعترف بالحبل تطلق بمجرّد قولها) وقالا : لابدّ من شهادة امرأة تشهد بالولادة لأنها ادعت فلابد من حجة . وله أنه أقرّ بالحبل فيكون إقرارا بالولادة لأنه يفضى إليه ، ولأنه أقرّ بكونها أمينة فيقبل قولها فى ردّ الأمانة . قال (ولو قال لأمته : إن كان فى بطنك ولد فهو منى فشهدت امرأة بالولادة فهى أمّ ولده) لأن الحاجة إلى تعيين الولد ، وإنه يثبت بالقابلة إجماعا .

تمّ الجزء الثالث من « الاختيار لتعليل المختار »

ويليـه :

الجزء الرابع ، وأوّله : باب النفقة

فهــــرس

الجزء الثالث من الاختيار لتعليل المختار

صحيفة